



Universidad Abierta Interamericana

Faculta de Derecho y Ciencias Políticas

Sede: Lomas de Zamora.

Presentante: Ferreyra Hernán Ariel.

Teléfono: 011-4066-6705

E-mail: hernanarielferreyra@gmail.com

Título al que aspira: Abogado.

Título de la Tesis: Daños y perjuicios en el Derecho de Familia derivados del Divorcio, antes y después del nuevo Código Civil y Comercial.

Tutor: Profesor Alberto Esteban Gojchgelerint.

2020

Solicitud de la reserva de tema y Tutor.

Hernan Ferreyra <hernanarielferreyra@gmail.com>

7 de octubre de 2020 a las
08:24

Para: marilina.miceli@uai.edu.ar

Dra. Miceli:

Buenos días, me pongo en contacto con Usted para darle a conocer el tema a reservar para mi tesis de grado.

Siendo mi tutor el profesor Alberto Gojchgelerint.

El tema elegido es:

Daños y perjuicios en derecho de familia derivados del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Espero su respuesta.

Muchas gracias.

Aceptación de la reserva de tema y Tutor.

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>

7 de octubre de 2020 a las
09:37

Para: Hernan Ferreyra <hernanarielferreyra@gmail.com>, "Cespedes, Viviana Elisabet"
<Viviana.Cespedes@uai.edu.ar>

Tema registrado. Atte

Carta al Tutor.

Lomas de Zamora, febrero de 2020

Profesor Alberto Gojchgelerint.

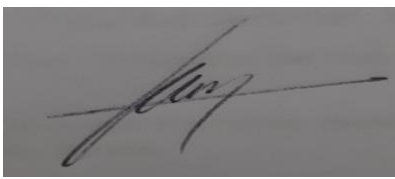
Tema: “Daños y perjuicios en el derecho de familia derivados del Divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente, tengo el agrado de dirigirme a Usted a fin de solicitarle su tutoría para la realización de mi Trabajo Final de la Carrera de Abogacía, requisito indispensable para obtener el Título de Abogado.

Tuve la oportunidad de ser su Alumno en diversas asignaturas a lo largo de mi carrera y creo que su profesionalismo, conocimiento, predisposición y desempeño en las diversas áreas del Derecho, serán de una ayuda invaluable en el desarrollo del presente trabajo.

Sin otro particular, lo saludo atentamente.

A black and white photograph of a handwritten signature in dark ink on a light-colored surface. The signature is stylized and appears to read 'Hernán Ferreyra'.

Hernán Ferreyra DNI: 27.689.509

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Abierta Interamericana.

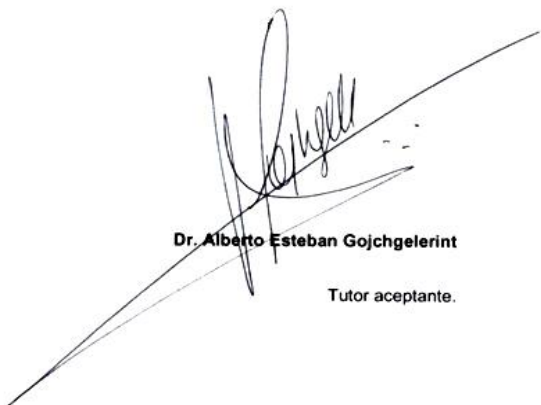
Dr. Marcos Córdoba.

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Usted que acepto desempeñarme como
Tutor del Trabajo Final del alumno Ferreyra, Hernán (DNI: 27.689.509) de la
localización Lomas de Zamora.

Declaro conocer la reglamentación e instrucciones vigentes.

Lo saludo Atentamente.



Dr. Alberto Esteban Gojchgelerint

Tutor aceptante.

Índice.

Introducción y Resumen.

Capítulo 1: Metodología.

- 1.1 Tema de Tesis.
- 1.2 Título Académico.
- 1.3 Título Comercial.
- 1.4 Área Temática.
- 1.5 Marco Teórico.
- 1.6 Objetivos.
 - 1.6.1 Objetivo General.
 - 1.6.2 Objetivos Específicos.
- 1.7 Encuadre Metodológico.
- 1.8 Planteo del Problema.
- 1.9 Hipótesis

Capítulo 2: Introducción.

- 2.1 Historia del matrimonio.
- 2.2 Historia del matrimonio en la Argentina.

Capítulo 3: Antecedentes del divorcio.

- 3.1 El divorcio en los distintos periodos de Roma.
- 3.2 Historia más reciente del Divorcio en la República Argentina
- 3.3 Aspectos Sociológicos del Divorcio.

Capítulo 4: Ámbito argentino.

4.1. El derecho de Familia en el ámbito Nacional y Convencional.

4.2. Tratados de Derechos Humanos.

4.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

4.4 Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José, 1969).

Artículo 17. Protección a la Familia

4.5. LEY No. 3 (De 17 de mayo de 1994) "POR LA CUAL SE APRUEBA EL CÓDIGO DE LA FAMILIA".

4.6. Constitución Nacional.

4.7. De los derechos, garantías y los deberes. De los derechos sociales, económicos y culturales.

Capítulo 5: Derecho de familia.

5.1 Acto jurídico familiar.

5.2 El derecho de la familia según el Código Civil y Comercial.

5.3 Decreto 191/2011

Capítulo 6: Daños producidos en el matrimonio.

6.1. Daño moral derivado de la disolución del matrimonio.

6.2. El daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial. El ocaso de la antijuridicidad.

Capítulo 7: La reparación del daño.

7.1. Resarcimiento del daño moral y material.

Capítulo 8. La responsabilidad civil y daño.

- 8.1. Tipos de responsabilidad
- 8.2. El daño: Requisitos
- 8.3. Tipos de Uniones en el nuevo Código Civil y Comercial
- 8.4. Daños: Definición y casos circundantes al divorcio
- 8.5. Evolución de la Responsabilidad de Daños
- 8.6. Tipos de Daño.
 - 8.6.1. Daño moral.
 - 8.6.2. Clasificación del daño moral.
- 8.7. El Daño visto desde una visión más actual. El daño resarcible.

Capítulo 9. El deber de fidelidad entre cónyuges y las consecuencias de su incumplimiento en Argentina.

9.1. Divorcio en el código civil de Vélez Sarsfield vigente hasta el 1 de agosto de 2015.

9.2. La indemnización de perjuicios por incumplimiento del deber de fidelidad durante la vigencia del código civil de Vélez Sarsfield.

Capítulo 10. Abordaje metodológico.

Conclusión.

Capítulo 1: Metodología.

1.1 Tema de Tesis:

“Daños y perjuicios en el derecho de familia”.

1.2 Título Académico:

“Daños y perjuicios en el derecho de familia derivados del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

1.3 Título Comercial:

“El divorcio como generador de daños”.

1.4 Área Temática:

El objeto de estudio de este Trabajo Final se encuadra en las siguientes ramas del Derecho:

- Derecho Constitucional.
- Derecho Penal.
- Derecho Procesal.
- Derecho de Familia.
- Derecho Internacional Público
- Derecho Internacional Privado.

1.5 Marco Teórico

El matrimonio cumple un rol de carácter relevante dentro de la sociedad, ya que para muchos individuos corresponde a la consecución de un proyecto de vida, a pesar de ello, en la época reciente, la unión matrimonial ha perdido adeptos, representada esta conducta en datos estadísticamente proporcionados por la Dirección General de Estadística y Censos de la Ciudad de Buenos Aires (Ministerio de Hacienda y Finanzas

GCBA, 2019)¹, estableciendo que la celebración de matrimonios se redujo un 50% entre 1990 y 2018. En tal sentido, en la época actual muchas otras relaciones socio-afectivas han cobrado sitio en la idiosincrasia argentina, que se limitan a uniones convivenciales sin alcanzar un carácter legal en muchos de los casos.

Este escenario tiene muchas aristas, siendo el auge de las tasas de divorcios uno de los factores de mayor incidencia para este cambio en la percepción social, representada por los 8.217 casos sucedidos en la Ciudad de Buenos Aires durante el año 2017 (Ministerio de Hacienda y Finanzas GCBA, 2019)²; el fracaso del matrimonio dentro de la sociedad argentina, trasciende cualquier dato estadístico y está asociado inexorablemente al nuevo régimen de divorcio incausado, donde no hay que cumplir con condición alguna ni es necesaria una causa para optar al rompimiento de la unión. En este orden de ideas, el Código Civil y Comercial de la Nación no permite reclamar daños y perjuicios por el divorcio en sí, además de aclarar que el deber de la fidelidad no presenta un carácter jurídico, solo es considerado como un deber moral.

En este contexto, la presente investigación persigue el análisis de los daños en el derecho de familia derivados del divorcio contemplados en el Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de un estudio de la doctrina vigente y los fallos jurisprudenciales sucedidos hasta la fecha. El artículo 1737³ del CCyCN establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”, por lo que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad puede estar infringiendo un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, constituyendo así un daño resarcible que debe ser plenamente reparado.

La relevancia de esta temática radica en el estudio minucioso del ordenamiento jurídico vigente en la nación, asociado a los daños ocurridos dentro de la unión matrimonial, y todas las aristas asociadas que implica el análisis de daños tanto materiales como morales, los cuales debido a sus características en ocasiones dificulta la determinación de un resarcimiento adecuado.

¹ Ministerio de Hacienda y Finanzas GCBA (2019). *Divorcios registrados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Recuperado el 15/02/20. Disponible en: <https://data.buenosaires.gob.ar/dataset/divorcios>

² Ministerio de Hacienda y Finanzas GCBA (2019). *Los divorcios en la Ciudad de Buenos Aires en 2017*. Recuperado el 20/02/20. Disponible en: https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2019/01/ir_2019_1327.pdf ³ Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 1737.

1.6 Objetivos:

1.6.1 Objetivo General:

Analizar los daños y perjuicios en el derecho de familia derivados del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación.

1.6.2 Objetivos Específicos:

1. Estudiar las legislaciones vigentes en la nación referentes a los Derechos de la Familia.
2. Evaluar los daños y perjuicios contemplados en las legislaciones argentinas derivados de la disolución matrimonial.
3. Determinar las formas de resarcimiento estipuladas en el Código Civil y Comercial de la Nación en caso de daños derivados del divorcio.

.

1.7 Encuadre Metodológico:

- a) *Tipo de Tesis*: Descriptiva – Explicativa.
- b) *Técnica de recolección de datos*: Observación no participativa, individual y de laboratorio.
- c) *Fuentes documentales*: análisis textos, legislación, tratados internacionales, debates parlamentarios, doctrina, jurisprudencia, información científica técnica, material hemerográfico, estadísticas, noticias, páginas web y ponencias.
- d) *Unidad de Estudio*: daños y perjuicios en el derecho de familia derivados del divorcio.

1.8 Planteo del Problema:

En la institución del matrimonio, existe una variedad de deberes que ambos cónyuges deben cumplir entre los que destaca la fidelidad asistencia mutua, en tal sentido, el incumplimiento de estas obligaciones puede derivar en hechos que ocasionen daños en un individuo, teniendo como consecuencia un perjuicio tanto material como moral, además de provocar la disolución de la pareja a través de la figura del divorcio.

En este contexto, el Código Civil y Comercial de la Nación, estipula que el divorcio en sí no permite reclamar daños y perjuicios, por lo que existe la necesidad de buscar alternativas que permitan el resarcimiento de cualquier daño acaecido sobre cualquiera de los conyugues en el marco matrimonial (Medina, 2015)³.

En la actualidad, la familia vista desde el ordenamiento argentino se fundamenta en principios de desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, en la igualdad, así como en la existencia de nuevos modelos familiares, además existe una nueva perspectiva de la familia, en la que un conyugue, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales. En tal sentido, los hechos causales de la interrupción del matrimonio, deben ser evaluados ya que ellos si pueden devenirse en dañosos respecto a uno de los integrantes de la pareja y si esos perjuicios sufridos representan secuelas directas del hecho, habrá que acreditar el daño sufrido por ese cónyuge (Belluscio, 2017)⁴.

A pesar, que el Código Civil y Comercial de la Nación no contiene normas específicas para la reclamación de daños y perjuicios a causa del divorcio, pero a pesar de ello, es posible reclamar daños y perjuicios entre los cónyuges por las normas de responsabilidad genérica que establece el Código Civil y Comercial (arts. 52, 53, 1716 y 1717).

Asimismo, esta investigación tiene como premisa central esclarecer todo el marco jurídico vigente aplicable a los daños y perjuicios acaecidos por la disolución de un matrimonio, o por hechos ocurridos previos al derecho; para tal labor se tendrán en consideración rasgos característicos del Código de Vélez y la comparativa con el actual,

³ Medina, G. (2015). *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*. Suprema Corte de Justicia. Recuperado el 25/02/20. Disponible en: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina_Danos_en_el_derecho_de_familia_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial.pdf

⁴ Belluscio, C. (2017). *Efectos del divorcio. Daños y perjuicios*. Buenos Aires: Editorial García Alonso.

además de brindar respuesta a las siguientes interrogantes del trabajo: ¿Cuáles son los daños y perjuicios en el derecho de familia derivados del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación? ¿Cuáles son las legislaciones vigentes en la nación referentes a los Derechos de la Familia? ¿Cuáles son las formas de resarcimiento estipuladas en el Código Civil y Comercial de la Nación en caso de daños derivados del divorcio.

1.9 Hipótesis:

El derecho de familia, a partir del divorcio puede, generar daños.

Capítulo 2. Introducción.

El capítulo introductorio de esta investigación tiene la necesidad de inmiscuirse en otros temas de relevancia, que circundan al Juicio de divorcio; es así que es meritorio retroceder a los antecedentes de las partes involucradas, a su unión en matrimonio y de la su vida en convivencia. El tiempo que estén unidos los cónyuges es importante para este análisis porque son las nupcias las que definirán muchas obligaciones y derechos entre sí; estas últimas implicancias están fundadas en la Ley y sus efectos perduran incluso después de la separación de la pareja y su consecuente divorcio.

Se procederá a hacer un análisis del Matrimonio, como institución, sus orígenes en la historia occidental y en la Argentina. El estudio continúa con un desarrollo completo de los antecedentes del Divorcio, desde la antigüedad, atravesando Roma, la edad media y hasta la concepción de sus normas vigentes en nuestro país – normas que serán ampliadas en los capítulos posteriores, incluyendo una comparación con otras legislaciones.

2.1.Historia de Matrimonio

Etimológicamente en español, el término Matrimonio tiene su concepción del latín: *matris* que significa *Madre* y *munium* que implica *Calidad De*; este significado hace

referencia a la labor de la mujer como madre, desde la etapa de embarazo hasta después del alumbramiento⁵. Si bien existen mucha discusión acerca del verdadero significado u origen de esta palabra, este estudio va a rescatar el sentido maternalista, o más bien matriarcal, entendiendo que es la madre quien da nacimiento a la descendencia y familia.

La idea de la unión vincular entre las personas con fines procreativos proviene desde la época de las cavernas, cuando nuestra especie se unía con el fin de supervivencia de nuestra especie. Con el porvenir de las civilizaciones más desarrolladas, las uniones dejaron de verse como meramente una herramienta de supervivencia, y se convirtieron a una idea más institucional, compuesta por un hombre y de una o más mujeres, unidos para el desarrollo de una familia o descendencia. En la antigua Roma, el matrimonio consistía en la unión arreglada de una pareja a través de la adquisición de la novia; esta transacción se realizaba mediante la Dote, el cual era un pago o donación presentado por parte de la familia de la mujer hacia el propuesto marido, con el fin de ayudar a la economía del nuevo hogar. El acto matrimonial se realizaba de forma privada, dentro de los compartimientos del hogar, a la vista de las familias y pocos invitados que serían los testigos que van a darle una cierta validez testimonial, explica el Dr. Stolle ⁶.

En contraparte, en Grecia esto funcionaba a la inversa, la dote eran los familiares del novio quienes presentaba una serie de regalos, una especie de patrimonio para la nueva casa; estos regalos se podían realizar por varios pretendientes y la novia podía atesorarlos a todos, sin compromiso de elegir a uno de los hombre, explica Morillo ⁷.

Con la caída de imperio Romano en el siglo IV, el ascenso del cristianismo empezó a modificar ampliamente el paradigma del Matrimonio. La cristiandad va a cultivar al matrimonio como un sacramento, o mejor dicho, un juramente sagrado, dándole un sentido de más igualdad a los esposos e incluyendo un concepto poco valorado, la insolubilidad de matrimonio. San Agustín de Hipona, uno de los más grandes pensadores del cristianismo en el siglo IV creo una doctrina para evitar que las personas se casaran con miembros de su propia familia – práctica habitual en esos tiempos, persiguiendo fines de la protección del patrimonio de la familia – para que los lazos sociales de los clanes

⁵ Enciclopedia Jurídica. 2017. *Definición de Matrimonio*. Buenos Aires. Recuperado el 26/02/2020, disponible en <https://argentina.leyderecho.org/enciclopedia-juridica/>

⁶ Stolle, A. (1858). *Explicaciones elementales del Derecho Romano*. Madrid. Recuperado el 03/03/2020. Disponible en <https://play.google.com/books/reader?id=CrITwNNUxYIC&hl=es&pg=GBS.PA11>

⁷ Morillo, S. (2010) *El papel educativo de la mujer en la antigua Grecia y su importancia en el mantenimiento de la polis*. España. Recuperado el 06/03/2020. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3897010.pdf>

se incrementen. Esto lo desarrolla en su trabajo *La Ciudad de Dios*, donde además de fomentar los lazos, también buscaba promover la exogamia – término referido al casamiento entre no familiares –; pretendía según él, evitar el incesto. La iglesia cristiana le prestó mucha atención a la sangre y originalmente prohibió la unión matrimonial hasta el séptimo grado de parentesco. Con el cristianismo, el casamiento pasó a ser una herramienta de desarrollo social y espiritual para las personas; se convirtió en una institución fundamental para todas las clases sociales, y no solamente un acto que solían realizar las clases altas de sociedades no cristianas, judías y musulmanas, según San Agustín⁸.

Se puede decir que hasta la edad media no existió una legislación que fuera acertada y precisa con respecto al Matrimonio; en el siglo IX un arzobispado en Francia aclaró lo que es el matrimonio cristiano, afirmando "*Es un vínculo legítimo que existe y se establece cuando las personas libres e iguales se unen en públicas nupcias mediante la fusión de los sexos, con el consentimiento paterno, entre un hombre y una mujer libre, legítimamente dotada*", comenta Lavrin⁹.

Las ideas de monogamia y de indisolubilidad generaban mucha resistencia en las clases nobles o aristocráticas donde no lograban tener mucha influencia. Para la iglesia, un segundo casamiento solamente era posible por muerte de uno de los cónyuges. En el siglo XII, por aquel entonces el papa Alejandro III, consolidó la idea del matrimonio como una promesa de futuro, e implicaba que una pareja se unía mediante un acuerdo irrevocable para el desarrollo de una unión próspera; dicho compromiso de todas formas podía desistirse en los casos en que la relación no se hubiera consumado – dado que un matrimonio consumado era requisito *sine qua non* para que exista un futuro –.

Posteriormente la influencia de la iglesia tuvo un carácter más interviniente y directo en la vida cotidiana de las personas cristianas mediante el Concilio de Trento – Siglo XVI – que vino a sanear, entre tantas cosas, a la institución del matrimonio cristiano y a generar un mayor orden y cumplimiento de las leyes canónicas. Nuevamente, los aspectos que se destacan son el de indisolubilidad dentro del sacramento del matrimonio; aclara también cuestiones respecto del adulterio – utilizado anteriormente como un motivo para contraer un nuevo matrimonio –. A esto último, el Concilio refiere que la indisolubilidad es

⁸ San Agustín De Hipona. *Ciudad de Dios*. Edición 2011. Recuperado el 07/03/2020, Disponible en <http://efrueda.com/wp-content/uploads/2011/12/L-a-ciudad-de-Dios.pdf>

⁹ Lavrin, A. (1991). *Sexualidad y Matrimonio en América Hispánica*. México. Recuperado el 12/03/2020. Disponible en <https://catalog.hathitrust.org/Record/102157962>

indudablemente doctrinal: el significado que otorga el sacramento al vínculo conyugal es absoluto, por ese motivo cualquier circunstancia, por grave que sea que haya ocurrido con posterioridad a la constitución del vínculo, no afecta para nada la propiedad de indisoluble. El Concilio también impuso estrictas prohibiciones para la poligamia y relaciones entre parentescos, explica el historiador De Las Asturias¹⁰. El Concilio de Trento fijó un modelo matrimonial impuesto para todas las regiones católicas de Europa; dado que el matrimonio era un sacramento, la autoridad inequívoca era la de la iglesia y su competencia era incuestionable para discernir en cualquier controversia. Fue la iglesia católica la que desarrolló un sistema moral basado en el control de la sexualidad de las personas, condenando fuertemente las relaciones sexuales extramatrimoniales, el concubinato, los raptos o a cualquier tipo de violación al modelo matrimonial que estableció el Concilio, opina la profesora Guirardi ¹¹.

2.2.Historia del matrimonio en Argentina

Con respecto a la República Argentina, la historia de la unión matrimonial es interesante; La primera ley de matrimonio civil se dictó en la provincia de Santa Fe, a nivel provincial, durante el gobierno de Nicasio Oroño en el año 1867.

Allí se posibilita por primera vez en Argentina el Matrimonio civil - sin excluir la ceremonia religiosa que desee realizar cada pareja -. Por otro lado, la Iglesia católica, que había tenido el monopolio de los casamientos de los cristianos a través de los siglos, quiso continuar con ese privilegio; para defenderlo realizó una fuerte oposición a la ley y contra el gobernador. El Obispo Gelabert, amenazó con excomulgar al gobernador de la provincia santafesina. Implementó una campaña para que los vecinos no se casen por civil, como lo indicaba la nueva ley, el argumento era que esta ley lesionaba los sentimientos religiosos de la población.

El conflicto entre el gobierno y la iglesia terminó con la renuncia del gobernador Oroño y con la intervención de la provincia por parte del gobierno nacional. Al siguiente año, en 1868, el nuevo gobernador, Mariano Cabal, deroga las leyes.

¹⁰ De Las Asturias, A. (2015). *El Concilio de Trento y la indisolubilidad del matrimonio: reflexiones hermenéuticas acerca del alcance de su doctrina*. España. Recuperado el 15/03/2020. Disponible en <http://www.lexicon-canonikum.org/blog/la-indisolubilidad-del-matrimonio-y-el-concilio-de-trento-un-articulo-clarificador/>

¹¹ Ghirardi, M. (2009). *El Matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica*. Córdoba, Argentina. Recuperado el 22/03/2020. Disponible en revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/view/686/757

Recién veinte años después, en 1888, se modificó el Código Civil instaurando el matrimonio civil, sin distinción de religión - o ausencia de ella - de los cónyuges. Antes de eso, el Código de Vélez Sarsfield notaba explícitamente que para los católicos no era admisible el matrimonio civil; reconocía efectos civiles a los matrimonios oficiados por cualquier religión - en teoría -, pero dejaba fuera a los no creyentes. El Código modificado eliminó este efecto civil del matrimonio religioso, tomando como legalmente válida sólo la ceremonia civil.

Como en el caso del matrimonio de personas del mismo sexo, la ley de matrimonio civil fue denunciada como un ataque a la familia, a la tradición y a las mismísimas bases de la cultura y la sociedad, y quienes inicialmente se casaron por civil fueron señalados por los católicos de ser parejas de hecho - cualquier cosa menos verdaderos esposos -. Se decía que para los católicos sólo era válido el matrimonio religioso, que el Estado estaba absorbiendo el matrimonio y despojándolo del carácter natural de sacramento regido por la ley divina, y que la institución del matrimonio civil era una abrogación del derecho de los católicos a casarse por iglesia

Ciento veinte años después, casi todos, han aceptado sin problemas que las parejas deben pasar antes por el Registro Civil, porque el casamiento por iglesia es ante la comunidad de los creyentes y ante Dios, pero es sólo el civil el que le da una mínima seguridad legal a los cónyuges y a su descendencia.

Cuando en 1954 el gobierno peronista aprobó una ley de divorcio vincular - es decir, un divorcio que extinguía el vínculo matrimonial, además de legalizar la mera separación -, además de quitarle a la Iglesia la educación religiosa en las escuelas públicas y otros privilegios, la arremetida no se hizo esperar. La Iglesia contribuyó decisivamente en la campaña para derrocar a Juan Domingo Perón, que comenzó abiertamente con la procesión de Corpus Christi de 1955, convertida en una verdadera manifestación opositora. En 1956, un año después del golpe de estado, la ley de divorcio fue derogada por el gobierno de facto.

En 1986 se presentó en el Congreso de la Nación un nuevo proyecto de ley para legalizar el divorcio, cuando llegó el día del debate toda la ciudadanía del país estaba muy atenta esperando la confrontación que se daría en el Congreso. Legisladores y público se disponían a escuchar prolongadas exposiciones legales de los diputados. La nueva ley de divorcio vincular fue finalmente aprobada en 1987, durante el primer gobierno de vuelta

a la democracia - presidido por Raúl Alfonsín -, cosechando las temidas advertencias eclesiásticas que ya resultaban ya muy comunes.

Capítulo 3. Antecedentes del Divorcio

Se deriva del latín *divertit* o *divortit* que significa salir de la casa, yéndose cada uno por su lado, *quiae in diversas abeunt*, e indica también la diversidad de voluntades a *diversitate mentium*. Se toma en dos conceptos distintas: En el sentido de disolución del vínculo matrimonial y de modo que los divorciados puedan pasar a nuevas nupcias.

Es enriquecedor repasar el concepto social y el desarrollo de este fenómeno o práctica en las diversas civilizaciones antiguas. El divorcio en términos históricos es un concepto novedoso, no aparecen en los primeros tiempos del hombre primitivo – cuando la duración del matrimonio en realidad no importaba –, debido a que en ese entonces las organizaciones familiares no eran tan avanzadas. En los pueblos antiguos el divorcio se entendía como un acto comúnmente utilizado por el hombre mediante el acto de Repudio, el cual consistía en la propia decisión unilateral del marido para dar por finalizado al matrimonio; esto lo lograba expulsando a la mujer del hogar o abandonándola. La mujer en contraparte no tenía el mismo derecho al repudio; ellas eran consideradas personas inferiores a los hombres y tratadas como objetos. Solamente el marido era el único con la facultad para utilizar tal derecho, explica Rojas¹².

3.1. El divorcio en los distintos periodos de Roma.

Volviendo a mencionar la sociedad de Roma, desde su época antigua hasta la clásica – en la cual el matrimonio no era una institución muy valorada y donde sólo uno de cada tres parejas llegaban al mismo –, cómo se mencionó anteriormente, la mujer era considerada una propiedad o instrumento, utilizado esencialmente para concebir a un heredero. Tal era la materialidad de la mujer, que incluso en el derecho romano, un hombre que estuviera casado con una mujer podía prestar a su esposa momentáneamente a otro amigo que necesitara concebir a un heredero; este último la podía desposar para

¹² Rojas, E. (1990). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México. Ed. Oxford.

gestar al hijo requerido y posteriormente devolverla a su marido original, explica Belluscio¹³.

La mujer romana ocupaba una postura muy inferior con respecto a su esposo; era considerada prácticamente una hija dentro del entorno familiar. En la época antigua o arcaica, el divorcio era admitido y frecuentado con mucha libertad, pero al igual que las primeras civilizaciones abordadas, el mando o la autoridad para repudiar a la mujer y al matrimonio lo poseía únicamente el marido. Esta autoridad fue adquirida culturalmente por la ley del rey Rómulo; tal poder se denominaba *manus*, y era invocada únicamente en un caso de gravedad: sustracción de las llaves – que se refiere más comúnmente al hecho de hurto o falsificación –, envenenamiento, y adulterio por parte de la mujer, enumera Belluscio¹⁴.

El divorcio fue en auge durante la época republicana, a tal punto que era moneda corriente, y los mismos emperadores más notables daban el ejemplo: los célebres emperadores Pompeyo, Julio Cesar y Cesar Augusto, fueron practicantes del divorcio. Otro ejemplo de divorcio fue el de Marco Tulio Cicerón, quién se divorció a una edad longeva, acusando que su mujer no se ocupaba de las tareas correspondientes al hogar, como ama de casa y que faltaba a sus responsabilidades de madre. El emperador aludió estos motivos de forma anecdótica, dado que en realidad quería contraer un matrimonio con una nueva esposa, de la cual también posteriormente se divorció, nos explica el historiador Sabino¹⁵. En la época clásica de Roma, cualquier matrimonio podría ser disuelto con un simple acuerdo entre las partes, o por la notificación de uno de ellos de querer rescindir el matrimonio, unilateralmente. Además no existía ningún impedimento o castigo para limitar o excluir a los divorcios, salvo el deber del marido de reintegrar la dote – esta era la obligación más parecida a una penalidad dentro del divorcio –. En el caso de los repudios por infidelidad, el marido manifestaba y enviaba a siete ciudadanos allegados a la ciudad un libelo – denuncia con agravios hacia una persona, en este caso la mujer –. De esta última forma, el hombre se liberaba de la exposición pública, y cargaba a la supuesta mujer infiel con la culpa de la acusación (Sabino, 1998). Como se comentó anteriormente, no existían sanciones severas para divorciarse, más lo que respecta a la restitución de la dote.

¹³ Belluscio, C. (1981). *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Depalma. Recuperado el 25/03/2020.

¹⁴ Ídem ¹³*

¹⁵ Sabino, V. (1998). *Derecho Romano*. México. Recuperado el 28/03/2020.

Los romanos tenían una concepción muy humanitaria y libertaria con respecto a los derechos; y bien pudieron estas prácticas liberales ser síntomas de la decadencia de la Roma clásica. Para los romanos, el derecho podía actuar hasta ciertos límites, pero se percataron de que estos instrumentos no podían sujetar las riendas de los caprichos de la voluntad de los cónyuges; es decir, que para los romanos el derecho no podía imponer un modelo de vida ejemplar o protocolar, en lo que respecta al matrimonio. Más bien, preferían prevalecer la ética de no sostener matrimonios que era meros armazones legales. En la época clásica de Roma, no se reconoce a la justa causa – *iustae causae* – como motivo válido para divorciarse; más fue el César Augusto – cuyo reinado entre el año 27 antes de Cristo y el 14 d.C. – quien dio plena libertad a la civilización romana para divorciarse; incluso, enmarcó un protocolo determinado para realizar el divorcio de forma unilateral, que consistía en invocar a siete ciudadanos romanos como testigos, acompañando un escrito o comunicado que debía ser enviado al otro cónyuge.

Con el inicio del imperio – desde el año 27 a.C. – la sociedad romana se volvió más compleja y ya se armonizaron tres motivos generales por los cuales las parejas se divorciaban. El primer motivo era la muerte de uno de los esposos; en segundo lugar se contempla el caso de la pérdida de capacidad legal, física o mental de alguno de los cónyuges y en tercer lugar cuando ocurría la pérdida del vínculo afectivo conyugal – *affectio maritalis* –, generalmente esto último era decidido unilateralmente por uno de los cónyuges, describe Sabino ¹⁶.

Con respecto al segundo motivo de divorcio Roma referida a la pérdida de la capacidad, esta podía ocurrir en variadas circunstancias: La pérdida de libertad de uno de los cónyuges, ya sea por condena o por esclavitud en manos de algún pueblo contrario, convertía al cónyuge automáticamente en incapaz legal, tal proceso era denominado *capitis deminutio máxima*. Otro caso común ocurría también cuando el esposo perdía su capacidad por convertirse en miembro de la familia de la mujer en forma política, por ejemplo, cuando el suegro del esposo convertía a este último en su hijo adoptivo; es decir que los cónyuges pasaban a ser hermanos de facto. A esta circunstancia se la denominaba *incestus superveniens*. Además, si el marido llegaba a ocupar el cargo de senador en Roma, esto disolvía automáticamente el matrimonio que estuviera el ligado.

Con respecto al *affectio maritalis*, esta era considerada la terminación del vínculo por la mera voluntad individual o conjunta de los esposos. Este término en latín se refiere

¹⁶ Sabino, V. (1998). Derecho Romano. México. Recuperado el 29/03/2020.

a la voluntad o intención de los esposos de proyectarse en un tiempo constante, a vivir la vida conyugal como tal, acompañadas del ánimo amoroso y gusto de la relación. En el supuesto caso en el que el *affectio maritalis* se terminará, entonces se acababa por completo la sustancia elemental del matrimonio, requisito esencial para que perdure en el tiempo, un motivo válido de divorcio, comenta Sabino¹⁷.

Pettit Eugene¹⁸, otro historiador de Roma, diferencia más llana y concretamente dos formas comunes de divorcio que ocurría en la época post-clásica o pre-imperial: en primer orden, los romanos se divorciaban de buena fe o *bona gratia*, esto significa que los esposos tenían la voluntad mutua para disolver el acuerdo que inicialmente los unió, sin requerirse ninguna formalidad al respecto. El segundo método era el Repudio, que lo efectuaba una de las partes, generalmente sin mediar ninguna justa causa. Como se dijo anteriormente es importante diferenciar que el divorcio era un procedimiento producto de la voluntad de ambas partes y el repudio por contracara solo lo manifestaba una de ellas.

El historiador amplía con respecto a este periodo – que inició con el reinado de Cesar Augusto en el año 27 a.C. –, que en aquellos tiempos los nuevos emperadores convertidos al cristianismo no eliminaron el divorcio del todo, pero siempre buscaron dificultarlo, proponiendo leyes que castiguen a los repudios injustificados. Esta nueva corriente inicia referencialmente con el mandato del emperador Constantino I – quién gobernó entre el siglo III y IV de nuestra era – y el dictamen de nuevas normas. Estas últimas eran disposiciones legales que se redactaron con una orientación más eclesiástica dogmática, que por una imperial. Justiniano castigaba fuertemente al cónyuge que quisiera separarse de forma arbitraria, pero a su vez siguió respetando al mutuo consentimiento de los cónyuges para divorciarse. El efecto legal del divorcio era la disolución del matrimonio, pero los castigos mencionados anteriormente eran de alta consideración: por ejemplo, la esposa que se separaba unilateralmente, perdía todo su patrimonio, que era inmediatamente transmitido al esposo; a su vez, era deportada y negada la concesión de volver a tomar nupcias en Roma. Si el caso ocurría por parte del hombre, el castigo se invierte, imponiendo al marido la restitución de la dote; y si al caso él quisiera tomar en matrimonio a una segunda mujer, la dote de ésta última podía ser confiscada por la primera esposa, quien accionaba allanando el nuevo hogar del esposo;

¹⁷ Ídem cita ¹⁶

¹⁸ Pettit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México. Recuperado el 03/04/2020. Disponible en https://www.academia.edu/10152474/TRATADO_ELEMENTAL_DE_DERECHO_ROMANO_-_EUG%C3%89NE_PETIT_

este derecho conferido a la primera querida era dado como compensación por la grave injuria que debió soportar, comenta Arguello¹⁹.

En los mandatos sucesivos a Constantino, las exigencias para el divorcio de siguieron acentuando, en esta ocasión, con la consideración de un nuevo concepto formal, y requisito para justificar un divorcio: La Justa Causa o *iustae causae*, que a su vez podía clasificarse por la fundamentación de la misma, en causal grave – *graves causae* – o causal mediocre – *mediocres causae*, algo similar a una causa leve –. Cuando la mujer osaba a proceder un divorcio con una causal mediocre, a la pérdida de su dote y posterior deportación – que se mencionó anteriormente –, también se le agregaba la quita de cualquier donación que el marido hubiera hecho en favor de ella; además, la mujer no podría tomar nuevas nupcias, y en el caso de que se atreva a hacerlo, el ex marido podía interponer este hecho como adulterio. En el caso del hombre, si incurría al divorcio con una *mediocris causa*, este debía reintegrar la dote y aguardar la espera de dos años para volver a casarse, mientras que podía conservar las donaciones nupciales. En caso de que el hombre no interpusiera ninguna causa, es decir, si se divorciaba sin ningún fundamento mínimo, perdía absolutamente todo lo mencionado, y además era condenado al celibato de por vida.

Estas causas graves eran las únicas que producían de forma inmediata la ruptura del vínculo matrimonial. El marido inocente podía volver a casarse de inmediato; la mujer, después de un año, para evitar los problemas de la llamada *commixtio sanguinis*, que impidiera determinar la paternidad de un hijo que fuese concebido en ese período

Algunos de las justas causas que enumeró Constantino en el siglo IV, eran las siguientes: si la mujer comprobaba que su marido era un asesino, envenenador, o violador de sepulcros; y si el hombre demostraba que su mujer era adúltera, envenenadora o alcahueta. En el siglo siguiente, los sucesores del imperio, Teodosio II y Valentiniano III, incrementaron el listado de causas para que la mujer pueda requerir el divorcio si esposo fuera: adúltero, o si este confabulare en contra del imperio, o si fuera sentenciado por falso testimonio o falsificación; así como también, si revistiese la condición de ser un vil ladrón de objetos sagrados o animales, o encubridor de alguno de ellos; o si gozase en su hogar de fiestas con otras mujeres, y por último, si abusa físicamente de su mujer con azotes. En el caso del marido, las justas causas se amplían en similitud, en adicionalmente

¹⁹ Arguello, L. (2004). Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones. Buenos Aires. Ed. Astrea. Recuperado el 7/04/2020.

en los casos de que su mujer también incurra en adulterio, plagio, condición de ladrona, o si ella asistiere a fiestas sin la autorización del esposo; también, si pasaba la noche afuera de la casa sin mediar ninguna explicación razonable, o si ésta le levantaba la mano al marido. Específicamente, Valentiniano III agrupó a las causas anteriormente mencionadas como Causas Graves; estas causas eran las únicas que producían de forma inmediata la terminación del vínculo matrimonial. El marido inocente podía volver a casarse de inmediato; en cambio la mujer, después de un año, esto con el fin de evitar los problemas de indeterminación de la paternidad de un hijo que fuese concebido en ese período.

Es de destacar que novedosamente, por primera vez, se equipara a la infidelidad del hombre y de la mujer, como causales justas divorciarse por cualquiera de los dos cónyuges; de esta forma, el adulterio del marido también es una causa válida para que la mujer exija el divorcio.

Los emperadores, Teodosio II – reinado de Roma Oriental – y Valentiniano III – reinado de Roma Occidental – establecieron además, que de todas formas, si el cónyuge se quiere divorciar alegando una justa causa, o sin causa, será castigado: la mujer perdería la dote, se le prohibiría contraer casamiento durante los próximos cinco años y además también se desprendía de las donaciones nupciales. El hombre por su parte sería castigado con la pérdida de la dote y de la donación nupcial.

A partir del siglo V, más específicamente en el año 449 el divorcio siguió evolucionando, los emperadores antes mencionados impusieron una nueva formalidad: la implementación del Libelo, la cual es la voluntad manifiesta de divorcio, que generalmente era enviado por un Nuncio – hombre que llevaba encargos en esa época –. Justiniano sostuvo este procedimiento, agregando además que esta de declaración de divorcio, en cualquier caso debía ser redactada por escrito. En este momento es cuando la forma escrita adquiere carácter esencial y su inoperancia conlleva a la nulidad del proceso de divorcio.

En el siglo VI, el emperador Justiniano es quién más ha trabajado en la formación de normas para la regulación del divorcio y en general para la vida conyugal de las personas. El césar añadió a las causas más causas de repudio a en contra de la mujer: el intento de abortar un embarazo, tomar un baño en el edificio de otros hombres o buscar otro marido si se encuentra aún en convivencia con el primero. Otra innovación se agrega en el supuesto de que en el matrimonio no exista ni dote ni donación nupcial: el cónyuge

repudiado encontrado culpable debería compensar al otro una cuarta parte de su patrimonio, con el límite de no superar nunca el monto de cien libras de oro.

El emperador Justiniano I, dictaminó en el año 528, un código denominado *Codex Iustinianus*, dividido en 12 libros; el motivo de esto era recopilar una fuente de leyes de origen romano y fusionarlos en cuanto se pueda con los conceptos cristianos. Esta compilación del derecho romano es la culminación de la evolución jurídica del derecho en Roma (Arguello, 2004). En la Novela 22 promulgada en Enero del 536, Justiniano vuelve a confirmar el *repudium*, las justas causas y los castigos patrimoniales impuestas por los antiguos emperadores. Es esta última novela mencionada, se clasifica a las ocasiones admitidas para el divorcio en cuatro grupos: primero, el *Divortium Communi Consensu*, que ya se ha tratado anteriormente, y se refiere al acuerdo consensuado de las partes para divorciarse. El segundo grupo es denominado Divorcios por Causa Inculpable, también llamados Divorcio *Bona Gratia*, explicado también por Pettit²⁰. El tercer grupo o tipo, son los Divorcios Sin Causa, inculpables o justos; y en último lugar, los Divorcios con Justa Causa.

El tipo de divorcios más interesante se refiere al Divorcio Inculpable o *Bona Gratia*, cuyas causas fueron diversamente enunciadas por Justiniano en dos situaciones: si uno de los cónyuges ingresa en la vida eclesiástica dentro de un monasterio; o si la impotencia sexual del hombre se reitera por tres años desde la fecha del casamiento; también la cautividad de un cónyuge durante más de cinco años. También se considera inculpable el divorcio, cuando no se pueda demostrar la supervivencia del esposo o esposa, en caso de desaparición; también se considera a la esclavitud de uno de ellos, o el alejamiento por parte del marido después de 10 años sin manifestar la voluntad de continuar el matrimonio con su mujer.

Posteriormente, el concepto de *Bona Gratia* se redujo solo a tres situaciones válidas: Cuando uno de los esposos este en cautiverio – preso –; o cuando el hombre es impotente; y finalmente, cuando el marido ingrese a la vida monástica.

El autor Arguello²¹, en su Manual de Derecho Romano explica como Justiniano I enfatizó el asunto del adulterio, y lo sumó como causal justa cuando el marido lo cometa en la

²⁰ Pettit, E. (2007). Tratado Elemental de Derecho Romano. México. Recuperado el 15/04/2020. Disponible en https://www.academia.edu/10152474/TRATADO_ELEMENTAL_DE_DERECHO_ROMANO_-_EUG%C3%89NE_PETIT_

²¹ Arguello, L. (2004). Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones. Buenos Aires. Ed. Astrea. Recuperado el 17/04/2020

misma casa donde habita con su esposa, o si tuviese recurrentemente estas relaciones en otra casa dentro de la misma ciudad; o si no hubiese desistido de esta actitud a pesar de haber escuchado las reproches por parte de la mujer o de sus padres, o de otras personas respetables.

Con respecto a los casos de muerte de un esposo, era importante también la espera de un tiempo prudencial para que la viuda contraiga nuevas nupcias, es decir, un luto, llamado *tempus lugendi*, de duración de un año. En el caso de que la mujer violase ésta norma, el nuevo vínculo matrimonial perduraba, pero la esposa era sancionada con la pérdida de la mitad de sus bienes, que pasaban a los hijos del primer matrimonio. En caso de que no hubiera descendencia, se transferían esos bienes a los otros herederos. Esta costumbre se plasmó en una constitución imperial del año 380 D.C, que a su vez se tomó como base para la redacción de la novela 22 de Justiniano. En la misma se estableció que la viuda que hubiese contraído matrimonio durante el año de luto debía ser declarada *infame*. Sin embargo, el emperador tenía la única autoridad para liberarla de esta pena. Si había hijos legítimos del anterior matrimonio, el perdón imperial sólo se otorgaba si les entregaba a ellos la mitad de su patrimonio, explica Kunkel²².

En lo que respecta al derecho, Justiniano – emperador de Roma Oriental durante el siglo VI – mantuvo en general, el principio de libertad para divorciarse, hasta el punto de considerar válido el divorcio prohibido, aunque castigándolo con determinadas sanciones, pero permitiéndose a los cónyuges contraer nuevo matrimonio. Estas bases del derecho romano son elementales para el estudio que se plantea, puesto las consecuencias de un divorcio se plantea como cláusulas específicas, que generan no sólo daños económicos sino que también perjuicios en la vida post-conyugal de los esposos, sobre todo de la mujer.

Con respecto a la herencia territorial que dejó la caída del Imperio Romano Occidental, uno de los reinos que prevalecieron fue el Reino Visigodo, ocupando gran parte de la actual España, acentuando su imperio en el siglo VI mediante los Concilios de Toledo. Los visigodos van a tomar de los romanos muchos conceptos sobre el matrimonio y el divorcio. Por ejemplo, en el supuesto de que la mujer se casara sin el consentimiento familiar, acarrearía como consecuencias un perjuicio económico para ella: la desheredación o pérdida de los derechos a la sucesión paterna. Una causa de ruptura del vínculo matrimonial admitida por el derecho visigodo era la muerte de uno de los

²² Kunkel, W. (1994) *Historia Del Derecho Romano*. Ed. Ariel. España.

cónyuges. En este motivo, se permitía a la viuda contraer segundas nupcias; no obstante, debía hacerlo después de transcurrido un año desde la muerte del marido, el ya mencionado luto o *tempus lugendi*. Este plazo fue tomado del derecho romano, y si no se respetaba este período de tiempo, el nuevo vínculo matrimonial era igualado al adulterio y se privaba a la mujer de la mitad de sus bienes en beneficio de los hijos del primer matrimonio o de los parientes más cercanos. Además, la mujer no podía contraer nuevas nupcias cuando su marido estuviera ausente por causa de la guerra. Solamente podía volver a casarse por medio de un documento oficial que revelase la seguridad absoluta de la muerte de su marido. En caso de que se casara sin conseguir esa prueba, se convertía junto con su nuevo esposo, en condenados de la pena de adulterio.

Los profundos cambios de orden filosófico, político y social que la Revolución francesa introdujo, sin duda alguna ejercieron gran influencia en la estructura del divorcio y son la fuente, en términos generales, de los perfiles que todavía ahora conserva en el Código Civil y Comercial Argentino - por ser el código de Napoleón el que sirvió de modelo a los primeros códigos -.

En Francia, antes de la Revolución francesa el divorcio se reducía a una simple separación de cuerpos, que prohibía a los esposos contraer nuevo matrimonio con otras personas. Solamente la mujer podía demandar la separación de cuerpos; en esta forma la protegía la ley contra la fuerza bruta o contra los abusos de autoridad del marido, a quien nunca se consideró útil protegerlo, por lo que se le negaba el derecho a pedir la separación, salvo caso de adulterio de su mujer, explica el historiador Floris ²³.

Durante el siglo XVI, Lutero, iniciador del movimiento de Reforma o protestantismo, niega la naturaleza sacramental del matrimonio y lo considera como una institución puramente civil. La Reforma de Lutero se mostró contraria al principio de la indisolubilidad del matrimonio. Con la Reforma se produjo un intenso movimiento a favor del divorcio. Las iglesias protestantes y ortodoxas aceptaron el divorcio con ciertas restricciones, reapareciendo en los países protestantes.

En cambio la Iglesia católica se pronunció contra el divorcio de manera absoluta, así como también el Estado francés reclama su jurisdicción y competencia en materia matrimonial. En el siglo XVII, como medio de justificar la intervención del Estado,

²³ Floris G. (1991). *Panorama de la historia universal del derecho*. México. Recuperado el 20/04/2020.

aparece la teoría del matrimonio como contrato. Al declarar el Estado que el matrimonio es un simple contrato, se concluye que también éste, como todos los contratos, puede rescindirse.

La Revolución francesa, que sólo consideraba al matrimonio como un contrato civil, necesariamente debía llegar al divorcio. La Asamblea Legislativa abolió la separación de cuerpos y organizó el divorcio mediante una ley de divorcio en 1729 (Floris, 1991).

Los motivos podían ser la demencia; la condena de uno de los cónyuges a penas infamantes; los crímenes, lesiones graves de uno de ellos hacia el otro; la conducta pública desordenada; el abandono al menos durante dos años; la ausencia sin noticias por lo menos durante cinco años; la emigración, explica Floris. Bajo una de estas condiciones se concedía el divorcio de manera inmediata. También se admitió el divorcio por incompatibilidad de caracteres, alegada por uno solo de los esposos, después de un plazo máximo de cuatro meses y un periodo de seis meses en el que se intentaba la reconciliación. Efectuado el divorcio, el Estado imponía un tiempo de espera de un año para poder contraer de nuevo matrimonio, con lo que intentaba imponer un cierto orden que evitase los excesos de la liberalidad.

Muchos de los preceptos acerca del divorcio francés, son bases y entendimientos que en el marco jurídico se han incorporado; se contemplan como Derecho Comparado y se analizan en un capítulo posterior.

3.2. Historia más reciente del Divorcio en la República Argentina

La historia del divorcio en Argentina, se puede decir que comienza con la sanción del Código de Vélez Sarsfield el año 1871; respecto al matrimonio y divorcio, estaban regidos por las leyes canónicas. Este código civil solamente modificó pequeños aspectos en lo que respecta al matrimonio y el divorcio, temas de los cuales la iglesia en su momento se ocupaba por completo. Por un lado, la iglesia se ocupaba de la celebración de los nuevos matrimonios, por otro los jueces eclesiásticos se ocupaban de resolver los

divorcios. De todas formas, si se lograba obtener la disolución, la iglesia prohibía que los ex cónyuges que vuelvan a casarse, explica Zorraquin ²⁴.

Lo anterior sólo se refiere a la disolución matrimonial, en lo que respecta al vínculo sagrado y amoroso; la ley Argentina por otro lado se ocupaba de resolver las cuestiones atinentes a las consecuencias del divorcio, como lo son distribución de los alimentos, bien y manutención de los hijos.

Pocos años después, con la promulgación de la ley 2393, en él 1888 el estado decidió ocuparse por completo en lo referido al matrimonio y divorcio. Si bien la iglesia había sido relegada a mantenerse al margen de estas cuestiones, la ley conservó la prohibición de volver a casarse; es decir que aquellos que quisieron adentrarse en la vida matrimonial, deben entender que está ahí va hacer por única vez, no había segundas oportunidades en la vida.

La ley 2.393 tenía como precepto fundamental para proceder al divorcio la culpabilidad de alguno de los cónyuges, decir qué y que requiera divorciarse debía demostrar que la otra parte había incumplido gravemente alguno de los deberes u obligaciones conyugales. Estas últimas se refieren a El Deber de ejercer la fidelidad, la convivencia familiar, entre otros.

En el siglo XX, más exactamente en el año 1954, se legisló la ley 14.394. La Argentina atravesaba las aras de la modernidad y una revolución poblacional en las ciudades producto de las políticas sociales y económicas de la época. Por primera vez en la Argentina existió la concepción del divorcio vincular, decir que las partes se desvinculan por completo como acceder libertad de volver a vincularse matrimonialmente con otra persona. Una década después, la Argentina volvería a caer en la imposibilidad de volver a contraer nupcias, año en el que aconteció la caída del gobierno de Perón, explica Bunge²⁵.

Posteriormente en el año 1968 se promulgó la ley 17.711 que establecía la no demostración de culpabilidad de alguna parte en el divorcio por primera vez en la historia Argentina; de todas formas, la posibilidad de volver a casarse aún estaba prohibida hasta el año 1986.

²⁴ Zorraquin, R. (1979) Historia del Derecho Argentino. Buenos Aires. Ed Perrot. Recuperado el 20/04/2020.

²⁵ Bunge C. (2018). Historia del derecho argentino. Buenos Aires. Ed Forgollen. Recuperado el 23/04/2020

En este último año se dictaminó una sentencia de la Corte Suprema que repercutió en la historia Argentina para siempre. Hasta ese entonces, en la Argentina Estaba totalmente prohibido que las personas divorciadas intentan rehacer su vida juntándose o conviviendo con otro nuevo amor, las consecuencias directas eran la encarcelación. Fue en el año 1985 cuándo Juan Bautista Sejean, por entonces un abogado divorciado, desafió a todo el cuerpo legal y eclesiástico de la República Argentina mediante la demanda judicial que presentó alegando la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil - la misma establecida la imposibilidad de desvincularse conyugalmente-.

Finalmente, la Corte Suprema resolvió a favor del actor mediante una votación que resultó en 3 contra 2; la misma sentó una jurisprudencia plenaria que obligó a que el senado resolviera esta cuestión al año siguiente.

En junio de 1987 El Congreso Nacional aprobó la ley que habilitaba a los divorciados a contraer nuevas nupcias, un año después del fallo del señor Sejean.

Casi 30 años después, normas legales prosiguieron de igual manera: Las personas podían casarse, divorciarse con un régimen de culpabilidad y volverse a casar las veces que quieran.

No fue hasta el año 2015, con la unificación del Código Civil y Comercial, que se modificará la legislación en términos del matrimonio y el divorcio. El aspecto novedoso de este cuerpo unificado es que el divorcio procedía ahora de forma inculposa o incausada: Ya no era necesario que alguna de las partes haya cometido alguna causal de gravedad que resultase en la intolerancia del matrimonio - este tema se aborda posteriormente -.

3.3. Aspectos Sociológicos del Divorcio.

Es importante entender que tanto las cuestiones del matrimonio del divorcio en la sociedad moderna pertenecen a un tema del ámbito sociológico, es decir se desarrolla en nuestra sociedad existen fenómenos sociales que producen cambios en la percepción del matrimonio en los cónyuges, y que cada día ésta evoluciona. Si bien un matrimonio puede entenderse como la unión de dos personas vinculadas a través de sentimientos e ideas de proyecto de vida - por mencionar solamente algunos aspectos -, también se caracteriza por un compromiso en el cual las personas tienen intereses y demandas de satisfacción. Estos intereses o demandas podrá o no ser satisfechas a lo largo del tiempo y de forma

duradera, generándose así múltiples diferencias en las parejas que pueden llevarlas a replantearse si realmente han tomado la decisión correcta de casarse.

Con respecto al compromiso, éste es de por vida y, tal vez sea este punto uno de los de mayor relevancia para la concreción de un matrimonio exitoso, debido a que la pareja debe aceptar esta unión a lo largo de toda su vida, compartiendo vivencias, amor, creencias como experiencias y muchas ideologías interpuestas. Es natural que lo largo de la vida matrimonial se generen rupturas en muchos de estos aspectos, entonces el tiempo que conlleven esas rupturas sin curarse pueden devenir finalmente en la disolución del vínculo matrimonial.

Anteriormente se estudió que en la antigüedad eran las familias las que determinaban a sus hijos quienes iban a ser sus esposas o esposos; es decir que el matrimonio estaba arreglado y que las personas debían someterse a esa decisión tomada resignando sus sueños de tener un matrimonio elegido al libre albedrío. Eso simplificaba mucho la problemática de conseguir esposa o esposo, como también se reducía su riesgo de ruptura debido a que era inconcebible que la pareja se fuera a divorciar, ya sea por la gran vergüenza que esto les traía a las familias involucradas, o porque directamente las partes podían ser penadas con fuertes castigos. Si bien esta idea de matrimonio arreglado suena absurda o retrógrada, tiene un funcionamiento tradicional en muchas sociedades actuales.

De todas formas, no es menester de este estudio analizar las fortalezas de los matrimonios en esas sociedades, sino por el contrario, entender como la libertad individual y el desapego de las tradiciones estructuradas, conllevan a que hoy se hable de una taza récord de divorcios.

Desde un punto de vista utópico, sería ideal que todos los matrimonios se resolvieran de la mejor forma posible; como por ejemplo que no existiera ninguna discusión a la hora definir quiénes van a tener la custodia de los hijos - si los hubiera -, o por ejemplo que se repartan los bienes de forma perfectamente equitativa; o también se podría soñar con que ninguna de las partes se vea perjudicada, económica o moralmente, después de divorciarse y para el resto de sus vidas.

Todo lo anterior forma parte de un imaginario en el cual los divorcios serían totalmente consensuados y no requerirían la mínima consideración de un juez. La realidad es muy distante a lo antes descrito, y actualmente los problemas que más se plantean a la hora de divorciarse son precisamente los daños y perjuicios que genera el acto de

desvinculación conyugal. Todo el proceso de divorcio parece y podría ser un evento traumático en el cual las personas luchan por salir lo mejor pagadas de ella, luchando por la custodia de sus hijos – cuyas sentencias de la justicia pueden ser muy debatidas, debido a que los niños no son las cosas que se puedan simplemente objetivar-; o reclamando la parte de las rentas y bienes que ellos creen que les corresponde.

Entonces, se puede ver que la problemática va avanzando progresivamente, y pareciera ser necesario la existencia de una norma, o al menos de ciertas reglas de juego que les permita a los divorciados sobrellevar este tránsito de la mejor manera posible; la intervención de un juez deberá ser siempre imparcial, y velar porque las partes hayan obtenido una resolución justa, dentro de las posibilidades. Incluso, un buen acuerdo de divorcio puede significar la reparación personal de cada uno de los involucrados, en lo que se refiere a sanar vínculos afectivos, destrabar otros conflictos que estuvieron sin conciliación durante muchos años; y también, el cierre de este capítulo matrimonial, le permite a la persona considerar una nueva relación afectiva, e incluso un nuevo casamiento.

Se puede teorizar mucho al respecto de los motivos de una ruptura, o si existió culpabilidad o no por parte de uno de los cónyuges. Ahora bien, en términos sociológicos, se debe entender que una cuota creciente de divorcios dentro de una sociedad es un síntoma de un fenómeno que se estaría gestando. Según Libenson, Citado en López²⁶, el divorcio está fuertemente vinculado con las libertades individuales y el crecimiento de la flexibilización de las relaciones humanas; por ejemplo, el concubinato se ha convertido en una institución de mucha trascendencia demográfica, impactando ampliamente en la disminución de los matrimonios y a su vez en el empuje hacia las separaciones más rápidas. EL especialista Libenson afirma:

El matrimonio pasó de la total dependencia de un vínculo de toda la vida, marcado por el mandato familiar, hacia la posibilidad de que todo cambia, todo está en movimiento. Nada es para siempre y todo es flexible [...] Lo que está atravesado acá es la tolerancia a la frustración, que es cada vez menor. (Citado en López, 2018, p. 2).

²⁶ López, V. (2018). La convivencia, en crisis tolerancia cero: se duplicó la cantidad de matrimonios que duran menos de 4 años. Recuperado el 26/04/2020. Disponible https://www.clarin.com/sociedad/tolerancia-cero-duplico-cantidad-matrimonios-duranos_0_Ydn9I8jiE.html

Capítulo 4. Ámbito argentino

La institución de matrimonio ha sufrido mucho en los últimos años las estadísticas revelan que en el año 2018, por cada 10 casamientos, ocurrieron también 7 divorcios. La edad promedio de las personas que se divorcian ronda los 47 años con un vínculo matrimonial promedio de duración de 20 años. Estos números son brindados por un informe creado por la dirección general de estadística y censos de la ciudad de Buenos Aires; también agregan que el 87% de los divorcios proceden de las primeras nupcias de los involucrados. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial la cantidad de matrimonios tuvo en el año 2017 un leve aumento, pero volvió a decrecer al año siguiente en 2018 un 12%; según las estadísticas del informe, describe Costa²⁷.

Las cifras más fuertes para la argentina se brindan desde los años 90 hasta la actualidad, la institución matrimonial se ha reducido un 50%, en definitiva la cantidad de matrimonios viene en un descenso muy rápido y acentuado en el anterior año, obteniendo nada más que 10,800 en el año 2018. Según Cordeiro²⁸ otro de los motivos que indisponen a la gente a contraer nupcias es la posibilidad de este tipo de uniones en las parejas - civiles y convivenciales -. Se podría decir que una parte importante de las parejas prefieren generar un vínculo de sostenimiento mutuo, más que al de aferrarse a un juramento eterno de correspondencia de amor.

Otro de los enormes cambios que se han producido en la legislación Argentina con el nuevo Código Civil y Comercial, es la introducción de un divorcio sin contradicciones, en lo que respecta a la culpabilidad de las partes. El nuevo código establece la no culpabilidad de los cónyuges, es decir que el juicio de divorcio ya no va a ser una especie de persecución que buscará culpar a uno de los cónyuges como causante de la ruptura matrimonial. Esto facilita mucho las cosas y le da vía libre a los divorcios *Express*.

Lo anterior se condice con el fuerte incremento que hubo en aquellos divorcios que tuvieron una antigüedad mayor a 20 años de convivencia matrimonial. Este segmento de casados posiblemente no incurrió en la opción de divorciarse, porque antes de este nuevo

²⁷ Costa, M. (2017) *Unión convivencial, unión civil y matrimonio: cuáles son las diferencias entre las tres figuras*. Recuperado el 27/04/2020. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/union-convivencial-union-civil-y-matrimonio-cuales-son-las-diferencias-entre-las-tres-figuras-nid2046973>

²⁸ Cordeiro, M. (2019) *Del altar a la división de bienes: los porteños se divorcian a los 47 y tras 20 años de matrimonio*. Recuperado el 28/04/2020. Disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2019/08/27/del-altar-a-la-division-de-bienes-los-portenos-se-divorcian-a-los-47-y-tras-20-anos-de-matrimonio/>

código, un divorcio hubiera implicado serias consecuencias y repercusiones patrimoniales, sobre todo para aquella parte que podría haber sido culpada.

Las estadísticas además demuestran un serio acercamiento entre la cantidad de divorcios registrados en un año y la de matrimonios, es decir, cada vez más parejas se divorcian y cada vez menos se casan. Este acercamiento se acentúa, con un crecimiento de alrededor del 41% de aumento de divorcios y una disminución del 51 % de matrimonios, entre el año 2015 y 2017 según las estadísticas del Ministerio de Gobierno Porteño. Sin duda, la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial procedió a hacer un barrido de la cuantía de casos de divorcios que se estaban conteniendo dentro de las familias argentinas. La facilitación del divorcio mediante la inculpabilidad que promueve el nuevo código dio respuesta a esta creciente demanda: La de destrabar conflictos matrimoniales que se querían resolver pero sin incurrir en la discusión de reproches y culpas, atiendo más daños por un lado o por el otro, explica Pallaro²⁹.

Otro de los cambios que se puede reducir con más detalle es la velocidad con la que se inscriben las demandas de divorcio en el registro civil; con el nuevo código es posible registrarlo inmediatamente apenas se produce la disolución del vínculo, mediante presentación de la demanda; es decir, que los cónyuges están divorciados aunque el juicio sigue en pie por otras cuestiones - reclamo de alimentos y custodia de hijos por ejemplo-. Esto lo explicó el director del registro civil de la ciudad de Buenos Aires Mariano Cordeiro³⁰.

Parece que la sociedad argentina se divorcia mucho más que antes, así lo demuestran las estadísticas de la ciudad de Buenos Aires. En la última década, como como se mencionó anteriormente, el 50% de los matrimonios concluían en un evento el divorcio, ahora el porcentaje se incrementó a un 80%, explica el director Cordeiro³² (2019).

Estos cambios abruptos en la sociedad Argentina no ocurren de manera espontánea, como si no respondieron siempre a las renovaciones en el ámbito jurídico. Algo similar a este incremento de la tasa de divorcios ocurrió en el año 1988, cuando también existió un

²⁹ Pallaro, B. 2017. *Qué porcentaje de parejas se divorcia y cuánto suelen durar los matrimonios*. Buenos Aires. Ed La Nación. Recuperado el 03/05/2020. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/que-porcentaje-de-parejas-se-divorcia-y-cuanto-suelen-durar-los-matrimonios-nid2020551>

³⁰ Cordeiro, M. (2019) Del altar a la división de bienes: los porteños se divorcian a los 47 y tras 20 años de matrimonio. Recuperado el 07/05/2020. Disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2019/08/27/del-altar-a-la-division-de-bienes-los-portenos-se-divorcian-a-los-47-y-tras-20-anos-de-matrimonio/>

récord de divorcios; este último evento prosiguió debido a los cambios de la legislación ocurridos el año anterior en 1987 cuando fue aprobado por ley el divorcio vincular que permite a las personas divorciarse para volver a contraer nupcias, es decir, divorciarse para volver a casarse.

Respecto a las edades de los casamientos, desde los años 90 hasta la actualidad la edad promedio de casamiento ha aumentado; el 1997 este promedio rondaba los 28 años de edad y ahora circunda los 33. La interpretación a esta estadística es simple, las parejas esperan más tiempo a tomar la decisión de realizar un juramento de eterno amor. Este último aparejado con la disminución de los casamientos, refuerza la teoría de que hoy en día las personas se encuentran más inseguras, esperan más tiempo a tomar la decisión de casarse y suelen postergar la decisión a tal punto que terminan declinándola, explica Pallaro³¹.

Estadísticas también revelan que la edad más conflictiva en la que las personas se replantean la disolución del matrimonio ocurre entre los 40 y los 45 años; edad en la cual las personas suelen estar cumpliendo entre 10 y 20 años de antigüedad del vínculo. Otra de las épocas de crisis ocurre durante la edad de entre 50 y 55 años; en la que generalmente los matrimonios cumplen 20 años de unión, detalla Pallaro.

Los números arrojan mucha información acerca del comportamiento social, hablando específicamente de la Argentina junto a otro dato interesante en el último año, producido por el Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires: es que los mayores reincidentes de divorcios, aquellos que se volvieron a casar y posteriormente a divorciarse, pertenecen al género masculino. Las estadísticas arrojan que casi un 10% de los hombres que vuelven a casarse, reinciden en el trámite de divorcio público, a diferencia de las mujeres que alcanzan a un 7%. Este fenómeno de reincidencia se ha disminuido con respecto a los años ochenta, cuando el 30% de los hombres que se divorciaba y volvían a casarse; en comparación con el 15% del género femenino.

El fenómeno social que guía a estas estadísticas procede del cambio en el paradigma de las relaciones familiares y vinculares; la mujer se divorcia más hoy en día

³¹ Pallaro, B. 2017. *Qué porcentaje de parejas se divorcia y cuánto suelen durar los matrimonios*. Buenos Aires. Ed. La Nación. Recuperado el 12/05/2020. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/que-porcentaje-de-parejas-se-divorcia-y-cuanto-suelen-durar-los-matrimonios-nid2020551>

porque ha logrado tomar mayor poder y relevancia en el ámbito social y eso lo ha manifestado fuertemente con la voz del reclamo; esto afirma la sociología Di Marco ³².

De lo estudiado anteriormente, se puede resumir que la instauración del divorcio como moneda corriente prosigue de un fenómeno demográfico y social que revela de una forma muy particular, el cambio de paradigma familiar. Este cambio tiene las cualidades del ser muy complejo y lleno de aristas en la Argentina: Las revoluciones de libertad de las personas, el empoderamiento de las mujeres, el progresismo de las leyes que facilitan la tramitación de conflictos familiares y de la pareja; entre tantas cosas más (Di Marco, 2010).

El fenómeno del divorcio tiene presencia en cualquier nivel económico social, también varía en lo que respecta a las edades de los participantes y a la longevidad del matrimonio.

Pareciera ser que el matrimonio y los divorcios están fuertemente relacionados con la sensación de felicidad; cómo y qué tan felices se encuentran la pareja durante los años de matrimonio. El divorcio parece ser aquel momento cúlmine de explosión donde las partes no soportan más estar atados a una relación que no las satisface, y por el contrario, las hace infelices. La psicóloga Lyubomirsky ³³, explica que los años de mayor felicidad de un matrimonio se potencian durante los primeros dos años de matrimonio; y que posteriormente las personas buscan volver a sentir el tipo de felicidad que sentían antes de estar casados. Esta especie de aburrimiento, si se sostiene en el tiempo, puede llevar al fracaso matrimonial, y la evidencia de ellos es que dos de cada tres matrimonios terminan con este proceso legal.

Los motivos de ruptura son inmensos, pero los especialistas sostienen que es el flagelo de la infidelidad dentro de matrimonio el que tiene mayor incidencia para generar divorcios.

La infidelidad pareciera ser uno de los grandes detonantes de pérdidas generadores de divorcio, y ha ido en aumento desde hace mucho tiempo la presentación de este motivo de conflicto como causal de divorcio a nivel nacional (Di Marco, 2010). El tránsito

³² Di Marco, G. (2010). *Los movimientos de mujeres en la Argentina y la emergencia del pueblo feminista*. Recuperado el 14/05/2020, disponible en <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/aljaba/v14a03dimarco.pdf>

³³ Lyubomirsky, S (2018). *La ciencia de la felicidad: un método probado para conseguir el bienestar*. Barcelona. Recuperado el 16/05/2020. Disponible en http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/7280/La_ciencia_de_la_felicidad.pdf;sequence=2

posterior después del matrimonio, se puede hacer muy dificultoso para la mujer, lo que la mayoría de los casos es ella quién debe hacerse cargo de los hijos. Además, la cuota alimentaria que debe recibir la mujer por parte del ex marido en muchos casos no suele ser suficiente, o ni si quiera se cumple, la mujer pasa a tener una nueva obligación, de buscar trabajo o una ocupación rentable, cosa que durante el matrimonio no realizaba.

La infidelidad va a ser un tema central dentro de los motivos por los cuales las parejas se agravian y generan peleas al punto de producirse daños psicológicos y morales. Esto último deja la puerta abierta para la prosecución del accionar Judicial; la conducta infiel del cónyuge representa que éste no pudo respetar un principio elemental del matrimonio - el Deber de fidelidad -; posteriormente se va a tratar el asunto del perjuicio de la persona mediante daños a los derechos personalísimos.

4.1. El derecho de Familia en el ámbito Nacional y Convencional.

Durante el desarrollo de este capítulo se ofrecerá una visión del conjunto de legislaciones, con la premisa de contextualizar en términos legales la situación actual de este tipo de procedimientos y su aplicabilidad a nivel mundial.

El Derecho de Familia se encuadra dentro del Derecho Civil y los principales aspectos que regulan son el matrimonio, la filiación y la tutela de menores o incapacitados.

La primera noción considerada fue la familia, ya que estas nociones permitirán contextualizar la relevancia social del núcleo familiar, y lo que representa para la humanidad en todos sus ámbitos, entiendo que la gestación de un infante en muchos casos resulta en la consecución de un proyecto familiar.

4.2. Tratados de derechos humanos.

Existen tratados de los derechos humanos internacionales con jerarquía constitucional, en los cuales se establecen como derechos humanos básicos el derecho a la protección integral de la familia, a la procreación, la promoción de la maternidad responsable y el derecho a la salud reproductiva.

En todos estos instrumentos internacionales, se encuentran argumentos para sostener la validez de instituto que analizamos en este trabajo de tesis. A continuación, se señalan algunos de estos tratados.

4.3. Declaración universal de derechos humanos (1948).

Dentro de esta declaración rezan diversos artículos que guardan relación parcial con los derechos de la familia, como el artículo 25 y 16 que establece que:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado.

Dichos artículos expresan que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar.

4.4. Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José, 1969).

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

4.5. LEY No. 3 (De 17 de mayo de 1994) "POR LA CUAL SE APRUEBA EL CÓDIGO DE LA FAMILIA"

DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. La unidad familiar, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la igualdad de los hijos y la protección de los menores de edad, constituyen principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este cuerpo de leyes.

Artículo 2. Los jueces y autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor y la familia.

Artículo 3. Las disposiciones de esta ley son de orden público y de interés social y se aplicarán con preferencia a otras leyes. En consecuencia, no pueden ser alteradas o variadas por voluntad de los particulares, bajo pena de nulidad, salvo en los casos expresamente permitidos por este Código.

Artículo 4. Los derechos familiares son, por regla general, personalísimos, irrenunciables e indisponibles, en cuanto se extinguen con la muerte de su titular y no se admite la renuncia, transferencia o transmisión de los mismos.

Artículo 5. En el Derecho de Familia, el menor de edad tiene la capacidad de ejercicio en los casos determinados en este Código y en otras leyes.

4.6. Constitución Nacional.

La Constitución de la República Argentina dicta en su última reforma, cumpliéndose sus primeros 25 años, la familia sigue en el art. 14 bis de la Constitución Argentina y colocada en el art. 75 inc. 22, llamada la nueva cláusula del progreso, sobre la participación de la familia y la sociedad en la educación, expresado textualmente:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención

sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Igualmente, el art. 75 inc. 22 está la atribución del Congreso de “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. A saber, encuentra su sitio de resguardo la maternidad y la primera infancia, que no se plasmó en 1957.

Podría agregarse el inciso 17 haciendo referencia a los pueblos originarios describiendo su identidad proveniente de las familias que han preservado la lengua y la cultura. Pero el art. 75 inc. 11, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, donde la familia está tratada amplia y significativamente, ha significado la constitucionalización e internacionalización de la familia como sujeto de derecho, su “importante trascendencia obliga a una cuidadosa interpretación “respecto al concepto y modelo de familia, como bien ha advertido el Dr. Alfredo Vitolo.

4.7. De los derechos, garantías y los deberes. De los derechos sociales, económicos y culturales

ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será

sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Capítulo 5. Derecho de familia.

Tradicionalmente, se definió al Derecho de Familia como "el conjunto de normas que rigen la constitución, organización y disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial" (Mazeud, 1968).

Desde una primera perspectiva, se sostuvo que el Derecho de Familia formaba parte del Derecho Público, con fundamento en la circunstancia que la mayoría de las normas que regulan las relaciones familiares son de orden público, como, por ejemplo, la regulación del matrimonio, la filiación, la adopción. Esta perspectiva produce como efecto la justificación de una fuerte y permanente injerencia del Estado dentro de la vida de la familia; incluso a nivel del ejercicio de la responsabilidad de los padres, los derechos que éstos ejercen en relación a sus hijos aparecen justificados en una suerte de delegación del poder estatal sobre las personas menores de edad. (Lloveras & Salomón, 2009).

Desde la visión opuesta, se defendió la inclusión del Derecho de Familia en el Derecho Privado. El orden público opera como límite a aquellos acuerdos de voluntades o autorregulaciones que puedan lesionar derechos fundamentales superiores. Por ejemplo, el art. 2634, impone el reconocimiento del emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero de conformidad con los principios de orden público argentino, pero refiere cuáles son los principios que se deben tener especialmente en cuenta: la consideración primordial del interés superior del niño. Dentro del derecho privado, en dicha concepción, el Derecho de Familia aparecería incluido en el Derecho Civil, como rama que apunta a la regulación de relaciones jurídicas de carácter privado. (Zanoni, 1998).

En vez de darse una división entre Derecho Público y Privado, se acepta que todo tipo de normas jurídicas y toda relación, pública o privada, quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos, respetando la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección de la persona.

5.1. Acto Jurídico familiar.

Cuando la materia propia del acto jurídico es la creación o constitución de relaciones jurídicas familiares, o su modificación o extinción, nos hallamos ante un acto jurídico familiar. (Zanonni, 1998).

Se define al acto jurídico familiar como el "acto humano, voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas de familia". Los actos jurídicos familiares entonces, se presentan como "los actos voluntarios

lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares.". (Zanonni, 1998).

Para Belluschio (2017) el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares. Basta ese simple concepto o definición para caracterizarlo sin abrir juicio acerca de su ubicación entre las ramas del derecho ni limitar su contenido. Sin embargo, existen numerosos intentos de definirlo con mayor exactitud, los cuales -a mi juicio- no logran cabalmente su propósito, porque en su intento de precisar el concepto deben recurrir a nociones controvertidas. Cabe mencionar las más importantes de las enunciadas en la doctrina nacional.

Para Lafaille (1930), el derecho de familia es "el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia".

Por otra parte, Rébora (1945) lo definía como "el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que lo integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra, y a las instituciones apropiadas para su preservación y, según las circunstancias, para su restauración o reintegración".

Los actos jurídicos familiares según Zanonni (1998) pueden clasificarse en:

Actos jurídicos familiares personales: según el contenido del acto jurídico, de carácter personal. Por ejemplo, los acuerdos en relación al ejercicio de la responsabilidad parental o el cuidado de los hijos menores de edad; la autorización dada por los progenitores para que el hijo menor de 18 años, pero mayor de 16 pueda celebrar matrimonio; el reconocimiento del hijo en la filiación extramatrimonial.

Actos jurídicos familiares patrimoniales: según el contenido del acto jurídico, de carácter patrimonial. Por ejemplo, las convenciones previas a la celebración del matrimonio; el asentimiento del cónyuge para los actos de disposición efectuados por el otro respecto a los bienes que así lo exigen; los convenios de liquidación del régimen de comunidad de ganancias; los pactos celebrados entre convivientes en las uniones convivenciales.

Actos jurídicos familiares mixtos: conforme la aclaración que se formuló más arriba. Por ejemplo: la afectación de la vivienda al régimen de protección, el reclamo de alimentos.

5.2. El derecho de la familia según el Código Civil y Comercial.

El Código Civil ha sufrido varias modificaciones y ciertas adaptaciones a la realidad social, pero cabe aclarar que esto sólo ha ocurrido de manera parcial, siendo la modificación más sustancial la que introdujo la ley 17.711 durante el régimen de facto de Onganía en 1968, y otras reformas en instituciones puntuales como patria potestad y filiación (ley 23.264 en 1985), matrimonio y divorcio (ley 23.515 en 1987), adopción y su incorporación al Código Civil (ley 24.779 en 1997), por citar verdaderos hitos normativos en el campo del Derecho de Familia. Pero si bien hubo algunos cambios, los mismos no se dieron de una forma integral, teniendo en cuenta los avances sociales y jurídicos en materia de la perspectiva de los Derechos Humanos.

El Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustanciales en la regulación de los derechos y deberes matrimoniales en total consonancia con la aludida derogación del divorcio incausado o sin expresión de causa. En este contexto, cabe preguntarse cuáles son los derechos y deberes morales y cuáles los jurídicos, es decir, las conductas que "están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19 de la CN) y cuáles son los efectos jurídicos de carácter personal que emergen del matrimonio cuyo incumplimiento genera sanciones en el ámbito civil.

Sin embargo, tanto en la doctrina como durante el debate de la legislación civil y comercial vigente, los derechos-deberes que más discusión generaron son los de fidelidad y convivencia.

En este contexto y como se explicará a continuación, el panorama de los derechos y deberes personales derivados del matrimonio en el régimen vigente es el siguiente:

- **Fidelidad:** Por petición y concesión a la Iglesia Católica que se opuso al régimen de divorcio incausado y consecuentemente, a la extinción de todos aquellos derechos y deberes matrimoniales que no fueran los que efectivamente generan sanciones o consecuencias en el plano jurídico. De allí que en los Fundamentos del Anteproyecto se destacan las razones por las cuales

este derecho-deber queda circunscripto al ámbito moral con las consecuencias que se derivan de ello:

1) No ser causal de divorcio culpable y 2) no ser pasible de reclamo por daños y perjuicios, otra cuestión que también se deja bien aclarada en los Fundamentos del Anteproyecto y que se analiza en el Capítulo V en lo relativo a los efectos derivados del divorcio.

- **Convivencia:** el deber de convivencia según el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial también quedaba reservado a la esfera moral y sujeto a la libre decisión de los cónyuges. Una vez más, en el marco de un régimen como el vigente de divorcio incausado, la convivencia no es un deber jurídico sino moral ya que su incumplimiento no trae consigo ninguna sanción civil. La quita de la convivencia como derecho-deber jurídico, además del mencionado contexto que encierra el régimen de divorcio incausado, responde a la necesaria amplitud o flexibilidad de formas de organización familiar que observa la realidad social actual.
- **Asistencia:** El art. 431 del CCyCN lleva como título el de "Asistencia". Sucede que éste es el único derecho-deber jurídico en cuanto a asistencia material o alimentos. Este reconocimiento expreso del derecho-deber alimentario entre cónyuges se condice con dos principios básicos muy presentes en la regulación de las relaciones de familia: 1) el principio de solidaridad familiar y 2) el principio de responsabilidad. La noción de asistencia encierra o compromete dos vertientes: moral y material. El único derecho-deber jurídico que emerge del matrimonio es el segundo, es decir, los alimentos entre cónyuges.
De este modo, la asistencia moral también quedaría reservada a ese ámbito, el moral, y, por ende, integraría también el campo de las acciones privadas que no perjudican a terceros y que quedan reservadas a los cónyuges y por fuera de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la CN).
- **Alimentos:** los arts. 431, 432 y 433, se concluye fácilmente que el derecho-deber personal derivado del matrimonio que encuentra su total reconocimiento y previsión en el texto civil y comercial es la asistencia en su faz material, es decir, el derecho alimentario. Así, desde el punto de vista jurídico, la obligación alimentaria que tiene como causa fuente el matrimonio observa cuatro situaciones fáctico-jurídicas diferentes: 1) alimentos entre cónyuges que llevan adelante un proyecto de vida en común; 2) alimentos entre cónyuges separados de hecho y, por lo tanto, ya se pone de manifiesto la desavenencia de la relación

matrimonial, 3) alimentos en la situación de nulidad de matrimonio y 4) alimentos post divorcio o ruptura del matrimonio.

5.3. Decreto 191/2011.

El decreto 191/2011 puntualiza: "Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas" y que "en este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos".

Tras afirmarse que se trata de un "código latinoamericano" y no ya tanto de raíz europea, el segundo aspecto valorativo es el resultado de la mencionada "constitucionalización del derecho privado", aseverándose que "la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. (Lorenzetti, 2012).

Para Lorenzetti (2012) este aspecto innova profundamente al respetar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos.

Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado". Junto a éste y por efecto derivativo de vital importancia para comprender la lógica de las normas que regulan las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial, se expone otro de los aspectos valorativos: ser un código para "una sociedad multicultural", destacándose precisamente las grandes transformaciones que se observan en este campo del derecho. Así, se afirma que "en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. (Lorenzetti, 2012).

En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”. (Lorenzetti, 2012).

Capítulo 6. Daños producidos en el matrimonio.

El Código Civil y Comercial Unificado en todo lo referido al derecho de familia se alejó del Proyecto de código de 1998, así establece un sistema de divorcio incausado y suprime el deber de fidelidad como deber jurídico limitándolo a un deber moral.

Las razones porque procede la indemnización de los daños derivados del incumplimiento derivado de los deberes matrimoniales radica en que (Medina, 2015):

a. El matrimonio no puede ser un lugar donde se injurie y se lesione gratuitamente, muy por el contrario, es un ámbito donde las personas se deben mayor respeto y es el lugar donde los cónyuges van a desarrollar su proyecto de vida en común. Su función es solidaria y no puede estar expuesta al embate de la violencia física o psicológica ni al desentendimiento de deberes morales.

b. El daño indemnizable se produce por la violación a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico y el interés por el cumplimiento del deber de fidelidad o el deber de asistencia no son intereses reprobados por el ordenamiento jurídico (art. 1737 de CCC).

c. Las normas de derecho de familia tienen consecuencias indirectas para el incumplimiento de los deberes familiares, como por ejemplo la exclusión hereditaria conyugal para el cónyuge que viola el deber de convivencia, o la indignidad o revocación de donaciones por las conductas repudiabiles y ofensivas de un cónyuge al otro. Estos efectos indirectos no reparan el daño injustamente causado, por lo cual no son suficientes para la víctima.

d. Cuando el ordenamiento jurídico no quiere aplicar los principios generales de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares o cuasi familiares, lo dispone específicamente como en la responsabilidad por ruptura intempestiva de los esponsales. Cuando la letra de la ley nada dice corresponde aplicar las normas de la responsabilidad a todas las ramas del derecho privado, de la cual el derecho de familia es una parte, que solo se exime de su aplicación por disposiciones especiales como las contenidas en el artículo 401 del Cód. Civ. y Com.

e. Que en la responsabilidad por falta de reconocimiento de hijos exista una norma de remisión expresa a la responsabilidad civil no excluye la aplicación de sus reglas a todos los supuestos de daños producidos entre los miembros de la familia en sus mutuas relaciones.

f. La violación al deber de asistencia entre los cónyuges contemplada en el artículo 431 del Cód. Civ y Com., constituye un acto de violencia que puede ser: Física si produce dolor, daño o riesgo de producirlo; psicológica si causa daño emocional o disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o degrada, humilla, cause perjuicio a la salud psicológica del cónyuge; económica y patrimonial, si se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales del cónyuge a través del a limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna.

El daño producido por la violencia generada por la falta al deber de asistencia, debe ser reparado siendo insuficiente el sistema jurídico familiar para indemnizarlo. Así ni el régimen de la pensión compensatoria, ni el sistema de alimentos post divorcio, ni los efectos indirectos del incumplimiento de los deberes familiares son suficientes para paliarlos.

g. La pensión compensatoria no basta para indemnizar el daño causado por la violencia producida por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; ya que el objeto de la compensación es paliar el desequilibrio económico que el divorcio causa a uno de los cónyuges y no la reparación del daño causado. No se puede admitir que la pensión compensatoria repare el daño porque si no hay desequilibrio económico, pero si daño la compensación económica no prospera y el daño quedaría sin reparar, ello por cuanto la compensación económica no repara daños sino desequilibrios que son independientes de los daños.

h. Los alimentos posteriores al divorcio tampoco son suficientes para indemnizar perjuicios ya que solo se dan en dos circunstancias: a favor del cónyuge que sufre una enfermedad preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse y a favor de quien no

tiene recursos propios suficientes ni posibilidad de procurárselos. En el primer caso se otorga para lograr el pago del tratamiento y recuperación con más la subsistencia del enfermo y en el segundo comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica conforme a la condición del que lo recibe en la medida de sus necesidades (art. 541 del Cód. Civ y Com.). En ninguno de los dos supuestos buscan, ni logran compensar el daño causado por lo que resultan insuficientes como remedio indemnizatorio además de tener una vigencia temporal limitada a la duración de años del matrimonio.

i. Por otra parte no convence el argumento que el interés de la paz familiar induce a evitar los litigios en los que se ventilen las culpas y errores que produzcan mayores males que bienes para un buen entendimiento entre quienes conforman la comunidad familiar. Es que el mantenimiento de la paz social se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aunque tenga un vínculo matrimonial respecto de otro ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esta calidad por ser miembro de una familia.

6.1. Daño moral derivado de la disolución del matrimonio.

El nuevo Código Civil y Comercial no se ha expedido sobre ellos, y en la letra de algunos autores la eliminación de la causal subjetiva es realmente sugestiva en la materia a los fines de admitir la exclusión de esta vía resarcitoria. No compartimos ese criterio, por contrariar los cimientos en los cuales reposa la función resarcitoria de la responsabilidad civil en general y el deber de resarcir el daño moral en particular. (Conf. arts. 1716 y 1741 del CCyC). Los motivos del amor son insondables, por ello, la ley no los requiere expresamente sino los presume al momento de constituirse el matrimonio.

Las razones del desamor también son diversas y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que existan culpables o inocentes. En estos casos, estamos ante dos personas que han dejado de amarse y tienen derecho a constituir una nueva vida con un significado distinto; sin que, por esto, deban padecer el estigma de un signifiante discursivo que hace del derecho una objetable herramienta de poder. (Fama, 2005).

Nunca los daños resarcibles en el plano de familia han tenido su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo, pues éste no constituye su causa fuente, como tampoco en el

incumplimiento de los deberes matrimoniales, pues en todo caso ellos se inmiscuían dentro del espectro de la antijuridicidad o tipicidad civil en la concepción del derogado Código.

El daño moral procede cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia, o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de la calidad de cónyuge o conviviente sino como cualquier persona afectada por un hecho lesivo, pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un “daño injusto”, independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia. Y aunque las normas propias del derecho de familia no prevean indemnización alguna por dicho concepto, éstas deben respetar el principio básico de no dañar que contempla implícitamente el art. 19 de la Constitución Nacional, 12 y expresamente el ya referenciado art. 1716 del CCyC.³⁴

6.2. El daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial. El ocaso de la antijuridicidad.

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cuál no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un derecho subjetivo. Ese derecho subjetivo presupone un interés legítimo, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico. El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales, si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por este último, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de

³⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

injusto. Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado.

En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (Zavala de González, 2011).

Capítulo 7. La reparación del daño.

El art. 1083 establece que «el resarcimiento del daño consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También el damnificado podrá optar por la indemnización en dinero». Claro está que en la mayoría de los casos no parece posible que los daños derivados del incumplimiento de los deberes familiares pueden ser objeto de reparación natura porque en los agravios extrapatrimoniales es casi imposible volver las cosas al estado anterior, como que no puede volver atrás el tiempo transcurrido ni borrarse el sufrimiento padecido. Entonces, procederá normalmente la indemnización por equivalencia a través de una traducción.

La nueva legislación civil y comercial elimina el divorcio fundado en causales subjetivas y el Capítulo 7 del Título II, Libro II, titulado “Derecho y deberes de los cónyuges”, se inicia con el art. 431 C.C.C.N. que dispone: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

Por su parte, en los fundamentos al Anteproyecto del C.C.C.N., se menciona que “Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

En tanto que el Código Civil y Comercial de la Nación, ha optado por privarle del carácter jurídico a dicho deber moral y por lo tanto su incumplimiento podrá acarrear consecuencias en el plano de la ética normativa, pero no del Derecho y ya no podrá

calificarse como antijurídica la inobservancia de dicho deber moral del matrimonio. Siendo esa la razón por la cual se “...rechaza la imposición de la fidelidad como un deber de contenido jurídico que pueda ser exigible coactivamente y cuyo incumplimiento sea sancionable por el Derecho”³⁵

7.1. Resarcimiento del daño moral y material.

La integración de la perspectiva de reclamo de daños morales conjuntamente con los daños patrimoniales probados, como es propio a todo supuesto resarcitorio de daños generados en la ilicitud civil, no sólo se deriva sin dificultades del texto del art. 1738, 1740, y 1741 del CCyC, sino que ha sido admitida al día de hoy prácticamente sin retaceos. En los casos de daños materiales el resarcimiento opera por equivalente (art. 730 inc. c), pero en materia de daño moral esto no es posible.

No hay modo, por su misma naturaleza, de resarcir por equivalente. Y es imposible asignar a una suma de dinero el valor del bien moral lesionado, aquélla, como instrumento para el resarcimiento del daño moral, simplemente vendrá a facilitar al individuo que lo recibe la procuración de otros bienes o satisfacciones.

Por lo tanto, el monto de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta las consecuencias perjudiciales que le provocó quien causó el daño con su actitud. El art. 1741 establece que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, entonces retomando las palabras de (Zavala González, 2011) quien ya sostenía que es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria, pero lo cierto es que debe ser pagada necesariamente en una suma de dinero fijada en forma global, sin que a los jueces esté permitido autorizar su pago en forma de renta. (Pagano & Giménez, 1997).

Capítulo 8. La responsabilidad civil y daño.

Se denomina responsabilidad civil a la situación en virtud del cual, cuando un sujeto causa daños a otro, nace la obligación de reparar tales daños ocasionados por dicho agente (Bustamante Alsina, 1997). Las normas legales que regulan la responsabilidad

³⁵ Molina Juan Manuel, Mariel, “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”.

civil tienen por finalidad establecer criterios que permitan determinar, ante un hecho que ha ocasionado daños, si éstos deben ser soportados por la víctima o por el tercero que los ha causado (Bustamante Alsina, 1997).

La responsabilidad civil consiste en “la obligación de reparar la causación de un daño injustamente causado o injustamente sufrido, atribuido al agente o a quien resulte obligado” (Bertoldi de Fourcade; 1996).

8.1. Tipos de responsabilidad

Existen dos tipos o sistemas de responsabilidad, para ello es necesario comprender la idea de la culpa como presupuesto de la responsabilidad, distinguiéndose a esos fines la culpa contractual de la culpa extracontractual (Bustamante Alsina, 1997). La culpa contractual supone una obligación preexistente y concreta, formada por la convención de las partes y que la misma resulta violada por una de ellas. La culpa extracontractual consiste en la violación de un deber genérico de no dañar. Nuestro derecho adoptó un sistema de unidad de la culpa civil, siendo en ambos casos la culpa, la causa o fuente de la obligación de indemnizar el daño causado.

Bustamante Alsina (1997) sostiene que la diferencia entre ambas está en la diligencia debida, en la culpa extracontractual la diligencia debida se refiere a la actitud que toda persona debe asumir ante los demás, con total independencia de toda relación obligatoria especial formada antes; mientras que en la culpa contractual la diligencia debida se relaciona con un deber concreto y específico asumido convencionalmente. La diligencia específica no es excluyente de la genérica ni la absorbe, es concurrente, se diferencian por la distinta naturaleza de las obligaciones.

En nuestro derecho hay una sola culpa con un doble régimen de responsabilidad culposa, según la culpa sea producto de la comisión de hechos ilícitos (responsabilidad extracontractual) o según la misma consista en el incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) (Bertoldi de Fourcade, 1996).

8.2. El daño: Requisitos

El Código Civil considera al daño como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil en sus artículos N° 1068, 1069 y consiguientes. En dichos casos, el daño ya no se identifica con la simple lesión a un derecho de índole patrimonial o

extrapatrimonial, sino que es consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el daño existe una relación de causa y efecto. El efecto es el daño resarcible (Bustamante Alsina, 1997).

La idea del resarcimiento del daño ocasionado se plantea luego de la producción de un menoscabo. En sentido cronológico en la responsabilidad civil el daño tiene un papel protagónico, ya que sólo cuando ocurra un daño se examinan los demás presupuestos de la responsabilidad civil (Venica, 2007).

Además el daño es requisito funcional de la responsabilidad, y a la vez decide con qué extensión se responde, Venica (2007) nos enseña que solo debe resarcirse el perjuicio causado. Los presupuestos que se tienen que dar para que el daño sea resarcible son:

- El daño debe ser injusto: se debe tener en cuenta la percepción de los intereses lesionados, aunque no estén expresamente contemplados en las normas jurídicas. La valoración jurídica tutela todos aquellos intereses estimables positivamente sean simples

- De hecho, siempre que sean reales.
- El daño debe ser suficientemente cierto: significa que el daño debe existir, debe de tener una entidad real, no basta que sea meramente posible. Daño cierto no equivale a actual, los perjuicios pueden ser futuros, pero serán ciertos siempre que sea previsible que estos perjuicios ocurrirán.
- El daño debe ser personal de quien lo invoca: Este presupuesto está directamente ligado con las personas legitimadas para reclamar el resarcimiento; los legitimados son los damnificados por el hecho lesivo que causó un daño, ellos son los titulares de la acción de responsabilidad. Independientemente de esta exigencia legal, el damnificado puede accionar a través de un representante. En el caso que un hecho cause daño a varias personas, las pretensiones de las víctimas son independientes una de otras, y cada uno de los damnificados que reclame podrá exigir la reparación razonable con el propio daño. Ahora bien, en el supuesto que accionen todos juntos la indemnización no se distribuye, sino que se atribuye a cada cual la que exclusivamente le corresponde por su daño, las indemnizaciones no son créditos solidarios ni indivisibles, al contrario, son autónomos.
- El daño debe ser cierto: Este requisito del daño, tiene en cuenta la individualización y su existencia concreta. Cuando se reclama un daño, éste debe tener el carácter de real y efectivo. El principio que rige es el que interés es la

medida de la acción. expresa que la razonabilidad no consiente en tener pretensiones abusivas y caprichosas por parte de la víctima.

8.3. Tipos de Uniones en el nuevo Código Civil y Comercial

Si bien al pasar los años, las parejas pueden tener la necesidad de darle algún carácter legal u oficialmente formal a la relación que ha perdurado durante muchos años, se encuentra en discusión cuál es la mejor alternativa a tomar, es decir, definir cuál será el tipo legal de Unión que van a tener. Actualmente en la Argentina las parejas pueden vincularse legalmente mediante el matrimonio, la unión civil, y la unión convivencial, según el CCyC ³⁶ de 2015. El nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina brinda estas tres alternativas, pero las últimas dos son las menos elegidas por los argentinos según relevo del año 2016 hecho por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Las diferencias entre el matrimonio y las otras dos formas de unión son bien marcadas y una de ellas es la que respecta a la herencia. El matrimonio provoca el derecho hereditario para la pareja, pero los otros dos tipos legales no lo hacen; solamente mediante un testamento la pareja podría generar la tradición de herencia cuando ésta se conforma por una Unión convivencial o Unión civil (CCyC, 2015).

Por otro lado, estos últimos dos tipos de uniones tienen requisitos formales más sencillos. Para tener una Unión convivencial no se necesita inscribirla en el registro civil, sino que meramente se puede notificar en cualquier organismo de poder que tenga la autoridad para acreditar esa Unión - por ejemplo, un departamento policial -. Con respecto a la unión civil, esta tiene que ser inscripta en el registro civil mediante un proceso administrativo sencillo, pero requiere la presencia de dos testigos que puedan dar testimonio y fe del acto.

Este nuevo tipo de uniones reconocidos por la ley les dan la oportunidad a las personas a vincularse de una forma distinta, en relación al matrimonio; las uniones civiles y convivenciales pregonan el vínculo de Unión en la pareja y no el de un amarre patrimonial. Estas dos unidades no dan pie al reclamo de herencias y frutos de los bienes gananciales.

8.4. Daños: Definición y casos circundantes al divorcio

³⁶ Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Ley 26.994. Recuperado el 23/06/2020. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Para arribar a una serie de definiciones, este estudio tomara inicialmente el concepto de Calvo Costa ³⁷, el cual explica que el daño resarcible es la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial, jurídicamente protegido, que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales. Si bien esta definición puede parecer la más acotada y global, se analizará el desarrollo de otros autores que complementan otros ingredientes o matices.

Dentro de la terminología legal que confiere a los cuerpos normativos de la Argentina, se reconocen distintas formas de denominar al daño: pérdidas; menoscabo; perjuicio; indemnización de daños e intereses; gastos; daños y perjuicios. Es entendible que, en cada situación de hecho dañoso, se encontraran distintos contenidos o peculiaridades, pero sería correcto entender a la totalidad de la situación mediante la alusión al término Daño.

Según lo anterior, y entendiendo que debe haber una función resarcitoria, además de esto es presupuesto de la responsabilidad civil, se señala que el daño está directamente relacionado al deber de reparar; ya sea que dicho daño se haya originado en la violación del deber de no dañar a otro – *alterum non laedere* –, o que el mismo también haya ocurrido por el incumplimiento de una obligación, concepción del artículo 1716 y 1749 del nuevo Código Civil y Comercial.

La producción de un daño genera un desequilibrio social, considerándose una suerte de temática alterada que debe ser corregida, motivo por el que se dirigiría la responsabilidad civil, una consecuencia jurídica de un daño injustamente causado abogando por reestablecer aquel equilibrio alterado, define y explica el autor Rodríguez³⁸

No causar un daño a los demás es, quizá, la más importante pretensión de las que gobiernan la convivencia humana, incluida por los juristas romanos entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honestamente y el dar a cada uno lo suyo. De lo citado es posible apreciar: la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la víctima, aquella sanción a nivel jurídico que aboga por resarcir la conducta lesiva.

³⁷ Calvo Costa, C. (2017). Derecho de las Obligaciones. Buenos Aires. Ed Hamurabi.

³⁸ Rodríguez, L. (2015). La responsabilidad civil por daños y perjuicios. Tomo 1. Buenos Aires. Ed Gowa

Apreciando un enfoque más tradicional, el término “responsabilidad” implica cierto nivel si se quiere de vinculación entre dos sujetos que se resuelve en una obligación de reparación. Específicamente, “Derecho de Daños” denotaría un término con una mayor amplitud, al dar cuenta de garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes. Sin embargo y en base a ello, brinda una suerte de renovación sobre el daño con la inclusión de la función preventiva, adicionada a la reparación de los intereses colectivos.

Entiende Ubiría³⁹ que el Derecho de Daños dentro del nuevo CC y CN pretende abogar así por proteger al individuo en sí, siendo el eje del sistema no apenas cumplimentándose la tradicional función indemnizatoria, sino también la prevención del daño. De esa forma, del mismo aspecto hay un notable acercamiento de las órbitas del deber de responder, tanto a nivel contractual como extracontractual. Consecuentemente, se reconocen los derechos individuales y los de incidencia colectiva, evidenciando una suerte de específico ensanchamiento del sistema en los últimos tiempos.

8.5. Evolución de la Responsabilidad de Daños

En cuanto a la evolución de la responsabilidad civil en Argentina y la transformación de sus elementos, ésta es posible de vislumbrarse a través de sus fundamentos: el traspaso así de una responsabilidad basada en un factor subjetivo - culpa, dolo - a una responsabilidad con un factor de atribución objetivo - riesgo, garantía, equidad -. Asimismo, lo vinculado en ese orden a la relación causal, como al daño resarcible, orientan hacia una consideración si se ha de querer de daño injustamente causado.

Vélez Sarsfield redactó el Código Civil vislumbrando al factor de la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil, girando el sistema de responsabilidad en el artículo 1109 del CC y CN - denotando en tanto una fuente al artículo 1383 del Código Civil francés, por su parte-. En la Argentina, el derecho local recibiría una fuerte influencia de las ideas de los pensadores franceses: destacaría la idea de culpa y su desarrollo doctrinario, elemento que cumplió un rol clave en el sistema de responsabilidad civil, explica Ubiría⁴⁰

³⁹ Ubiría F. (2015) Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires. Ed Perrot.

⁴⁰ Ubiría F. (2015) Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires. Ed Perrot.

Así, en la doctrina tradicional se desconsiderará por entonces aquello vinculado a las corrientes positivistas fundamentalmente del siglo XIX, y así durante mucho tiempo los autores locales seguirían apreciando a la culpa como el único aspecto que justificaría a la responsabilidad civil. De ese modo, el aspecto jurídico demorará en considerar sustancial a la teoría objetiva del riesgo, prevaleciendo la teoría tradicional.

Continúa explicando Ubiria³⁸, que históricamente la teoría objetiva de la responsabilidad como tal tendría en el citado aspecto su incursión legal, previa a la reforma al Código civil de 1968, a través de su incorporación en varias leyes:

- a) la Ley de Accidentes de Trabajo N.º 9.688;
- b) en el Código Aeronáutico Ley 14.307;
- c) en la Ley 17.048 de Responsabilidad por Daños Nucleares;
- d) y en la aplicación jurisprudencial como obligación de garantía o seguridad del artículo 184 del Código de Comercio para el contrato de transporte.

Será la modificación en cuanto a la legislación # 17.711 del año 1968, al CC y CN que agregó en la segunda parte del artículo 1113 la teoría de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado para los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas. Asimismo, se incorpora en tal ya citado aspecto en su artículo 907 la reparación de los daños causados por personas carentes de discernimiento, teniendo como aspecto relevante la fundamentación en la equidad y la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente en el primer apartado del artículo 1113.

El nuevo Código entiende en forma expresa la “responsabilidad objetiva” en el Libro III de los “Derechos personales” en el art. 1723, encontrándose el factor de atribución objetivo en el art. 1722 por su parte respectiva, sosteniendo que “el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”, según el CCyC.

Respecto de aquellos factores subjetivos de atribución de responsabilidad, en el artículo 1724 menciona a la “culpa” y el “dolo”. Respecto del factor subjetivo “culpa”, el artículo 1721 sostiene en forma expresa que “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de

atribución es la culpa”. No obstante, da cuenta allí Calvo Costa⁴¹ que el código considera a la culpa como la norma de clausura del sistema o válvula de cierre, por lo cual los factores objetivos son excepcionales y deben estar creados por ley. En caso de inaplicar así el factor objetivo, sólo habrá responsabilidad si se prueba la culpa. En tanto, como ejemplos de responsabilidad con fundamento en la culpa destacan:

- a) la de los profesionales liberales (artículo 1768)
- b) la intromisión en la vida privada ajena (artículo 1770)
- c) la acusación calumniosa (artículo 1771)
- d) la de los administradores de las personas jurídicas (artículo 160)
- e) el encubrimiento (artículo 1752) entre otros.

8.6. Tipos de Daño.

El daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial (moral). El daño moral de acuerdo a nuestro codificador es la modificación, menoscabo o disminución disvaliosa de la potencia de las personas en su dimensión espiritual, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, sentir o querer, que afecta su modo de ser o estar (Bertoldi de Fourcade, 1996).

A diferencia del daño que recae sobre los derechos subjetivos se encuentra el daño que lesiona los derechos patrimoniales. Este tipo de daño tiene en sí mismo valor pecuniario, el perjuicio es apreciable per se en dinero.

Además, el daño patrimonial está compuesto por dos elementos que son el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente es el perjuicio efectivamente sufrido y el segundo compendio es la traducción de la frustración de ganancias o pérdidas de provechos o beneficios esperados (Bustamante Alsina, 1997).

8.6.1. Daño moral.

⁴¹ Calvo Costa, C. (2017). Derecho de las Obligaciones. Buenos Aires. Ed Hamurabi

A diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial que lesiona lo que la persona tiene, el daño moral lesiona lo que el sujeto es, este tipo de lesión afecta a la vida, la dignidad de las personas y su integridad espiritual y social (Zabala de González, 1999).

La doctrina actual (Bertoldi de Fourcade et al, 1997) relaciona al daño moral con todo aquello que esté dentro de la órbita sensitiva de la persona, aunque no haya dolor.

El daño moral implica un defecto existencial en relación a la situación subjetiva de la víctima antes del hecho dañoso (Zabala de González, 1999). Mientras el daño patrimonial se evalúa en función del resultado de la acción dañosa, el daño moral se estima por la entidad del interés extrapatrimonial afectado, vale decir por el menoscabo que la actividad dañosa en si misma denota a la persona (Zabala de González, 1999). Dependiendo del caso, el daño moral tiene diferentes dimensiones, ello responde a la individualización del daño de acuerdo a las circunstancias particulares de la víctima (Zabala de González, 1999).

8.6.2. Clasificación del daño moral.

El daño moral es directo cuando se lesionan inmediatamente bienes o intereses personalísimos o los atributos del sujeto. En cambio, es indirecto cuando el daño deriva de la lesión a bienes patrimoniales (Bustamante Alsina, 1997). No existen dudas acerca del resarcimiento del daño moral directo, en otra situación se encuentra el resarcimiento del daño moral indirecto, éste sólo es resarcible en aquellos casos en que el sujeto tenga un interés espiritual en el goce de un bien patrimonial (Zabala de González, 1999).

Esta diferencia entre el daño moral directo e indirecto, nada tiene que ver con los damnificados directos e indirectos que pueden existir, el daño moral tiene en cuenta la naturaleza del bien objeto de la agresión, la calidad de damnificado directo o indirecto está dada por el sujeto que padece el daño, o sea si es la víctima inmediata u otra persona (Bustamante Alsina, 1997).

Los legitimados para reclamar el resarcimiento del daño moral son aquellos titulares de la acción (Bustamante Alsina, 1997). La legislación actual, ha limitado a los legitimados para reclamar el daño moral, estableciendo en el segundo párrafo del artículo 1.078 del Código Civil que “la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Como regla general solo puede accionar el o los damnificados directos, es decir la víctima inmediata del hecho, sólo si se produce la muerte de la víctima, estarán

legitimados los damnificados indirectos, que son los herederos forzosos (Bustamante Alsina, 1997).

En cuanto a los fundamentos para indemnizar el daño moral hay una postura que apoya la idea de que existe una inmoralidad cuando la víctima realiza un reclamo pecuniario de la aflicción que ha sufrido, sería como poner un precio al dolor, negociar con las lágrimas de la víctima a cambio del dinero del responsable (Zabala de González, 1999).

Enfrentada se encuentra la postura que refuta la teoría antes mencionada al decir que el resarcimiento dinerario del daño moral no significa materializar los intereses espirituales, sino que sería espiritualizar el derecho, ya que éste no limita la protección a los intereses pecuniarios, y brinda una protección a bienes de naturaleza no económica los que son inherentes a la persona humana (Zabala de González, 1999).

La indemnización del daño moral no es imposible ni arbitraria, por el contrario, es imperfecta y deficiente, ello responde a la naturaleza de los intereses espirituales dañados y del dinero con que ese perjuicio se indemniza, y el dinero cumple una función de satisfacción como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales (Zabala de González, 1999). Si nos referimos a la prueba del daño moral, el damnificado que lo reclama deberá probar su existencia. Bustamante Alsina (1997) manifiesta en su obra que, para probar la existencia del daño moral, no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá valorar y apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer de manera objetiva el agravio moral que dice haber sufrido.

Está claro que es prácticamente imposible demostrar el daño moral mediante el aporte de prueba directa dado que el mismo reside en lo más íntimo de la personalidad de la víctima.

8.7. El Daño visto desde una visión más actual. El daño resarcible.

El Código Civil y Comercial de la República Argentina contempla específicamente el concepto de daño en su Artículo 1737 de la sección 4, del título quinto en el capítulo de Responsabilidades Civiles, el mismo dice que existe daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona el patrimonio, derecho de incidencia colectiva" (ley 26.994, 20149). Este concepto ha arribado a los doctrinarios para definir lo que consideran como daño resarcible, y según

Fiorenza ⁴² en su ensayo acerca de este tema, bajo el nuevo Código Civil y Comercial explica que los juristas analizaron cuatro teorías distintas para definir el concepto.

La primera de ellas es que el daño se identifica directamente con un bien jurídico afectado, que pueden ser cosas, derechos susceptibles de valor económico, bienes extrapatrimoniales, por ejemplo, el honor o la intimidad junto según esta teoría el daño es el menoscabo a un bien jurídico y entiende aquellas que son cosas y también a los bienes o derechos que no son cosas. Cabe aclarar que dentro de los mismos pueden existir derechos personalísimos como lo son la intimidad y el honor, así como también identifican que el daño es una lesión que recae sobre un determinado bien jurídico. Esta teoría permite también en cierta forma para diferenciar aquellas afecciones de bienes que son patrimoniales - de significación económica- y de aquellos que no lo son, como, por ejemplo, los daños a la personalidad, es decir diferenciarlos de los daños morales.

La segunda teoría que procuró analizar la doctrina con respecto a los daños resarcibles, se sostuvo en una orientación más cercana a la afectación de los derechos subjetivos. En general, esta es una denominación más clásica y se puede sintetizar en que se entiende el daño como aquel que configura una lesión a un derecho subjetivo patrimonial o extra patrimonial. Con esta apreciación, estas lesiones al derecho subjetivo le brindan al sujeto afectado la posibilidad de exigir a otro, un determinado comportamiento para satisfacer los intereses jurídicos que son tutelados - autoridad de la ley para cuidar los intereses de las personas -, (Fiorenza⁴³)

Avanzando con la enumeración, una tercera orientación comprende que el daño es una lesión hacia un interés jurídicamente tutelado, reconocido o no de manera explícita por el derecho. Ampliando el panorama, se puede aclarar que ya no se analiza la lesión al objeto o bien en sí mismo, sino que se contempla la lesión al interés que se tutela respecto de ese bien; por ejemplo, el bien afectado en cuestión que ha sufrido daño fáctico es un objeto que le permite al sujeto satisfacer una necesidad, pero por otro lado el interés es la posibilidad que tiene la persona de satisfacer la mencionada necesidad, proporcionada por el bien. El interés se entiende entonces como aquel valor relativo que un objeto o bien determinado tiene para un sujeto, es decir, el punto de vista se centra en la subjetividad del individuo afectado. Continuando con esta lógica, la doctrina entiende que una simple lesión a un bien no es un daño en términos jurídicos, sino que lo es en términos naturales

⁴² Fiorenza, A. (2018). El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial. Ed El Derecho. Recuperado el 27/07/2020. Disponible en www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/03/07032018.pdf

⁴³ Ídem 42.

o físicos; y, si el bien del cual estamos tratando no satisface ningún interés de algunas personas, entonces no existe ningún daño jurídico.

La cuarta teoría a la que refiere la autora Fiorenza (2018), trata al daño como tal y distingue aquel que es resarcible o no; es decir, el daño no debe ser identificado solamente con la lesión hacia un derecho patrimonial o extra patrimonial, y al interés definido en el párrafo anterior, sino que debe ser definido como la consecuencia perjudicial proveniente de la lesión de la que se trata. Más ampliamente, define al daño como una ofensa o una lesión hacia un derecho o a un interés no contrario al orden jurídico, de características patrimoniales y extra patrimoniales; y, por otra parte, las consecuencias derramadas a causa de la lesión del interés - que necesariamente tienen la naturaleza patrimonial o extra patrimonial -, constituyen lo que se denomina un daño resarcible.

La autora sostiene que el concepto de daño resarcible no es más que una confluencia de todas las anteriores visiones comentadas; pero los encargados de definir al daño resarcible dentro del nuevo Código Civil y Comercial han optado por apoyarse en la segunda y la tercera teoría explicada anteriormente, más puntualmente sobre la lesión a los intereses tutelados por la ley. Se explica entonces que el jurista, con respecto al daño jurídico, hizo hincapié en la tutela del interés, el cual se entiende que es la posibilidad de que una necesidad experimentada por uno o varios sujetos determinados sea satisfecha mediante un bien, según López, citado en Fiorenza⁴⁴.

También es importante aclarar cuáles son los requisitos para que el daño sea resarcible o no, para ello el Código Civil y Comercial estableció en el artículo 1139 que, para que sea procedente la indemnización por un daño, debe existir un perjuicio directo o indirecto, futuro, insubsistente. Si no, este desarrollo es necesario aclarar que cuando el artículo refiere al daño directo es aquel que ha recibido como daño directamente la primera persona damnificada, y mientras que el daño indirecto es aquel que sufre otra persona como consecuencia del primer daño. Se entiende entonces que un daño puede ocasionar perjuicios a una persona que no necesariamente es la víctima directa del incidente; por ejemplo, en el caso de un joven atropellado en un accidente, si el padre es que asume todos los gastos hospitalarios, este último es quien puede identificarse como damnificado por los daños económicos.

⁴⁴ Fiorenza, A. (2018). *El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial*. Ed El Derecho. Recuperado el 27/07/2020. Disponible en www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/03/07032018.pdf

Con respecto al término de actual o futuro - dentro de los requisitos para la procedencia del daño resarcible - se entiende que el daño actual es aquel que se verifica inmediatamente en el momento de la ocurrencia del daño e identificado puntualmente el momento de la sentencia; por otro lado, el daño futuro es el que todavía aún no se produjo, pero con certeza ocurrirá luego de la decisión judicial, según Sáenz, citado en Fiorenza⁴⁵.

Continuando con la definición de los requisitos, se solicita que el daño resarcible sea también cierto, es decir, que no se admiten concepciones eventuales, hipotéticas, o resultantes de conjeturas. Más claramente, lo que se pide es que el daño exista propiamente, que sea real, que tengan efectividad y una certeza oficial; y no hipotético o eventual.

El último requisito que se pide, además, es que el daño sea subsistente; esto quiere decir que el daño en sí mismo debe existir aún en el momento en el que se interpone la demanda; por el contrario, si antes de presentarse la demanda, este daño ya fue reparado por el victimario, la cualidad sigue siendo subsistente. Distinto es la ocasión en que la víctima es quien anticipadamente repara los daños ocasionados antes de presentar la demanda, dado este caso el daño sigue subsistiendo, pero lo que la víctima va a reclamar son los gastos que anticipó, explica Fiorenza (2018).

Volviendo al ámbito del derecho familiar, se puede entender que los daños resarcibles no siempre encuentran su fuente en las relaciones intrínsecas dentro del matrimonio; así como tampoco a causa de una falta en las buenas conductas o cumplimiento de las obligaciones maritales. Habiendo hecho estos comentarios, hay que entender que la finalización del matrimonio - o del vínculo sentimental que los unía - puede haber encontrado su origen en la consecución de algún hecho dañoso resarcible, pero, estos van a configurarse como tal si primero encuentran su marco jurídico; es decir, si estos hechos van en contra o dañan algún interés tutelado por la ley.

El origen o la fuente de la obligación de resarcir algún daño producido entonces, se genera por el accionar doloso; y puntualmente dentro del ámbito de los matrimonios, estos deben ser bien fundamentados y probados para poder reclamar el justo deber de la reparación.

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial ha decidido en su naturaleza, no objetar en los ámbitos del desarrollo personal y amoroso de las parejas, para buscar culpables, esto no quiere decir que no existan algunos motivos o hechos ocurridos durante la culminación

⁴⁵ Fiorenza, A. (2018). El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial. Ed El Derecho. Recuperado el 27/07/2020. Disponible en www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/03/07032018.pdf

del matrimonio; y que estos últimos, tenga la característica de ser altamente dañinos para los cónyuges. Por último y, en definitiva, estos hechos gravosos pudieran ser los que específicamente motivaron al divorcio: Por ejemplo, una grave infidelidad, un maltrato psicológico intenso hacia uno de los cónyuges con secuelas dañinas para la psiquis; o la malversación de la economía familiar a costas y perjuicios de uno de los cónyuges. En todos estos casos, si existiera un hecho realmente dañoso hacia el espíritu del otro esposo, o hacia su prestigio o al interés económico de una de las partes, es que va a poder ser reclamado mediante indemnizaciones a través del juicio por daños y perjuicios que contempla la ley.

Si bien ambas partes van a atravesar un momento doloroso a causa de la separación y su posterior trámite de divorcio, para poder reclamar una indemnización a causa de este tipo de daños, deben poder acreditarlo contundentemente mediante pruebas. No van a poder reclamar dicho resarcimiento alegando solamente que fue la pérdida del vínculo afectivo o desamor el que les generó el daño.

Entonces, se puede entender que cuando ocurre un daño moral resarcible - como por ejemplo el daño moral por una acción dañosa hacia la buena imagen de una persona - el derecho de familia ha quedado al margen y separado de las normas del Derecho civil que proviene de un rango más constitucional. Cuando se atraviesa el límite del derecho de familia e incurre en el daño moral, estamos ante una lesión o perjuicio de los derechos personalísimos de la persona y se debe dejar de lado la cualidad de ser cónyuge; aquí lo que importaría más bien es que una persona ha cometido un hecho dañoso hacia otras. Este último hecho se debe analizar entonces desde un ámbito completamente independiente al del derecho de familia o de las riñas patrimoniales que pueden ocurrir dentro de un juicio de divorcio, según el CCyC⁴⁶ de 2015.

Resumidamente podemos comentar que los legisladores, mediante la promulgación de este nuevo Código Civil y Comercial, lo que han hecho es separar las cuestiones netas del derecho de familia, con los problemas que en realidad tienen una jerarquía del ámbito civil tutelado en primer grado por la Constitución Nacional (Solari⁴⁷, 2017). Esta última obliga a las personas a que reparen cualquier daño o perjuicio que le han cometido a un tercero.

Capítulo 9. El deber de fidelidad entre cónyuges y las consecuencias de su incumplimiento en Argentina.

⁴⁶ Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Ley 26.994. Recuperado el 17/08/2020. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁴⁷ Solari, N. 2017. *Derecho de las familias*. Buenos Aires. Ed La Ley. Recuperado el 22/08/2020.

Fidelidad y adulterio en el código civil de Vélez Sarsfield vigente hasta el 1 de agosto de 2015

En el apartado relativo al matrimonio (arts. 159 ss.), el código civil de Vélez Sarsfield (en adelante, c.c.) contemplaba un capítulo sobre "Derechos y deberes entre los cónyuges" (arts. a 200). Allí se enumeraban los deberes de fidelidad, asistencia, alimentos y el de convivencia en la misma casa. Estos deberes-derechos formaban parte del orden público familiar por estar consagrados en normas de carácter imperativo, indisponibles para los cónyuges.

La infracción del deber de fidelidad acarreaba el divorcio o la separación personal de los cónyuges, según fuera la acción ejercida por el cónyuge inocente. En efecto, según los hoy derogados artículos 202 n.º 1 y 214 n.º 1, el adulterio constituía tanto una causal de separación personal como de divorcio por falta imputable al otro cónyuge.

Las sanciones civiles para el cónyuge infractor del deber de fidelidad consistentes en la separación personal o el divorcio tenían su correlato penal en el delito de adulterio, según el artículo 118 c.p., derogado recién en el año 1983. (Radcliffe, 2015).

9.1. Divorcio en el código civil de Vélez Sarsfield vigente hasta el 1 de agosto de 2015

En cuanto al divorcio, originalmente en el código civil de Vélez Sarsfield existía solo el divorcio basado en la culpabilidad de alguno de los cónyuges que no disolvía el vínculo matrimonial. Posteriormente, la denominada Ley de Matrimonio Civil de 1888 (Ley 2393) mantuvo el divorcio sin disolución de vínculo que se decretaba en un proceso controvertido y fundado en causales subjetivas por culpa taxativamente enumeradas en la ley.

La Ley 17.711 de 1968 incorporó el divorcio, siempre sin disolución de vínculo, de común acuerdo de los cónyuges. Se trataba de un divorcio causado, pero en cuya resolución no debían constar los hechos aducidos por las partes como "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común".

Recién en 1987 la Ley 23.515 reconoció el divorcio vincular, luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad de las normas que disponían la indisolubilidad del vínculo matrimonial por ser vulneratorias de derechos constitucionales tales como la igualdad, el derecho a casarse y los derechos de la personalidad. El divorcio regulado tenía causales tanto subjetivas como objetivas. Las

primeras eran comunes para el divorcio y la separación personal, con la diferencia de que esta última no disolvía el vínculo matrimonial.

En el Proyecto de código civil de 1998, el principio de culpabilidad en materia de divorcio retomó nueva fuerza. En efecto, en su normativa desaparecía el divorcio objetivo y solo se consagraba el divorcio por culpa en virtud de hechos "que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común" (arts. 514 y 527).

Entre otras consecuencias de la declaración de culpabilidad del cónyuge, el artículo 525 preveía que este fuera condenado a reparar los daños materiales y morales que la ruptura conyugal había causado al cónyuge inocente, quedando comprendidos tanto aquellos derivados del divorcio en sí mismo como de sus causales. (Barbero, 2005).

9.2. La indemnización de perjuicios por incumplimiento del deber de fidelidad durante la vigencia del código civil de Vélez Sarsfield.

En cuanto a la indemnización de perjuicios asociada a la extinción del vínculo matrimonial, la única disposición expresa era el artículo 225, relativo a la nulidad matrimonial. Por el contrario, referida al divorcio sanción no había norma expresa que reconociera el derecho a la reparación civil en favor del cónyuge inocente. Este silencio podía interpretarse en el sentido de una voluntad de no admitirlo o, por el contrario, como una ratificación del principio general consagrado en el artículo 1109. Fue justamente esta ausencia de norma especial sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios frente al incumplimiento del deber matrimonial de guardarse fe la que dio pie a una interesante discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina. (Dutto, 2006).

La doctrina se mostraba dividida entre aquellos que consideraban procedente la responsabilidad civil frente al incumplimiento de los deberes matrimoniales y aquellos que, en cambio, la consideraban improcedente. La mayoría aceptaba la indemnización de perjuicios por el daño moral provocado por la causal de divorcio culpable, e incluso por el divorcio en sí mismo. Otros, en cambio, se mostraban contrarios a la procedencia del resarcimiento civil por el mero incumplimiento de los deberes personales. Existían, además, tesis intermedias que proponían distinciones sin arraigo expreso en la ley. (Borda, 2008).

Partiendo de la base de que el divorcio contempla un sistema de sanciones autónomo (p. ej., desheredamiento del cónyuge culpable, revocación de donaciones en su favor) y descartando de plano que sea resarcible el daño causado por el divorcio en sí mismo, estas tesis intermedias aceptaban la indemnización de perjuicios en el caso de que el daño derive de los hechos que constituyen la causal de divorcio por culpa, pero únicamente cuando "tengan una expansión y gravedad que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución, entrañen un verdadero daño moral agregado a la persona del cónyuge". Es decir, los hechos que dieron lugar al divorcio debían tener una fuerza dañadora particularmente fuerte para que generaran una indemnización con carácter autónomo. Debían trascender a la mera culpa en el divorcio y, en cambio, constituir ataques personales de manera que el daño causado al otro, al margen del divorcio, no quedase impune. (Borda, 2008).

Capítulo 10. Abordaje metodológico.

Para brindar alcance a las metas planteadas por este trabajo investigativo, se implementó inicialmente el método analítico, que para Villabella (2009)⁴⁸, es “aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existente entre las partes y el todo”, dicho método permitió esclarecer todo lo referente a los daños perjuicios derivados de la disolución matrimonial desde la perspectiva del Código Civil y Comercial de la Nación.

Igualmente, se implementó el método histórico-lógico, que permitió contemplar la temática abordada en un decurso evolutivo destacando los aspectos generales de su desarrollo, considerando lo referente a los daños derivados por el divorcio considerando el Código de Vélez, así como los cambios hasta alcanzar los ordenamientos vigentes. Finalmente, se desarrolló una metodología de derecho comparado a través de la comparación de diversas legislaciones asociadas a los daños perjuicios ocurridos en una relación matrimonial previo a su disolución, con la premisa de establecer la similitud y diferencias entre tales ordenamientos, y lo establecido en el Código Civil Comercial de la Nación.

⁴⁸ Villabella, C. (2009). *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

Conclusión.

El Código Civil y Comercial contempla las tres funciones de la responsabilidad civil, prevenir, reparar, resarcir, asignándoles la misma jerarquía normativa. Sin embargo, la función resarcitoria reviste mayor importancia cuantitativa porque será de más frecuente aplicación en atención a su naturaleza (reparar, mediante una prestación, el daño sufrido).

Las relaciones de familia están presentes en las tres funciones de la responsabilidad Civil y quienes la integran tienen la obligación de prevenir, reparar y resarcir, los daños, sobre todos los que provienen del incumplimiento de los deberes familiares, ya que estos son la base de la familia. En la actualidad la familia se basa en los principios del derecho de familia del desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, en la igualdad de los cónyuges, en la existencia de nuevos modelos de familia, lo que lleva al planteamiento de un modelo legislativo de familia como formación social que ante todo tutela los derechos de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la persona como eje central de la disciplina jurídica de las relaciones familiares.

El status familiar no debe constituir una reducción o limitación de los privilegios de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable.

Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuyo agravio por parte de otro componente de la familia, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.

Es con el nuevo Código Civil y Comercial que lleva a un escenario de un replanteo general, profundo y complejo del derecho de familia contemporáneo. Es importante contar con las herramientas como lo es el análisis que se hizo anteriormente sobre bibliografía acorde al tema para para analizar los principales cambios, aportes y resignificados que trae la legislación civil y comercial al campo de las relaciones de familia y a la par, seguir profundizando en una verdadera obsesión que ya lleva algunos años: repensar el Derecho de Familia desde los Derechos Humanos que, en definitiva no es otra cosa que seguir bregando por acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad.

El nuevo Código Civil y Comercial viene a poner en tela de juicio la lógica que tenía el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, quien le dio la espalda al instrumento

fundante de la Nación, como denunció en su momento el padre de la Constitución, Juan B. Alberdi.

Es así que el texto normativo que ingresó a la vida social y familiar el 1/8/2015, no sólo está en total consonancia y fidelidad con la llamada "constitucionalización del derecho privado"; sino que además en sus dos primeros artículos a modo de puerta de ingreso, alude de manera expresa a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos en los que la Argentina sea parte como fuente, aplicación e interpretación del nuevo derecho privado argentino.

En definitiva, en el campo de las relaciones de familia el Código Civil y Comercial de la Nación es el resultado del desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional de familia, es decir, de la grandes tensiones que ha auspiciado la doctrina internacional de los Derechos Humanos al mostrar que ciertos vacíos legislativos o normativas infra constitucionales rígidas y cerradas eran totalmente incompatibles con principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por citar los principios a los cuales se ha apelado con mayor frecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma del Derecho de Familia.

Bibliografía

Ministerio de Hacienda y Finanzas GCBA (2019). *Divorcios registrados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Recuperado el 15/02/20. Disponible en: <https://data.buenosaires.gob.ar/dataset/divorcios>.

Ministerio de Hacienda y Finanzas GCBA (2019). *Los divorcios en la Ciudad de Buenos Aires en 2017*. Recuperado el 20/02/20 Disponible en: https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2019/01/ir_2019_1327.pdf

Medina, G. (2015). *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*. Suprema Corte de Justicia. Recuperado el 25/02/20. Disponible en: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina_Danos_en_el_derecho_de_familia_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial.pdf.

Belluscio, C. (2017). *Efectos del divorcio. Daños y perjuicios*. Buenos Aires: Editorial García Alonso.

Enciclopedia Jurídica. 2017. *Definición de Matrimonio*. Buenos Aires. Recuperado el 26/02/2020, disponible en <https://argentina.leyderecho.org/enciclopedia-juridica/>

Stolle, A. (1858). *Explicaciones elementales del Derecho Romano*. Madrid. Recuperado el 03/03/2020. Disponible en <https://play.google.com/books/reader?id=CrlTwNNUxYIC&hl=es&pg=GBS.PA11>

Morillo, S. (2010) *El papel educativo de la mujer en la antigua Grecia y su importancia en el mantenimiento de la polis*. España. Recuperado el 06/03/2020. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3897010.pdf>

San Agustín De Hipona. *Ciudad de Dios*. Edición 2011. Recuperado el 07/03/2020, Disponible en <http://efrueda.com/wp-content/uploads/2011/12/L-a-ciudad-de-Dios.pdf>

Lavrin, A. (1991). *Sexualidad y Matrimonio en América Hispánica*. México. Recuperado el 12/03/2020. Disponible en <https://catalog.hathitrust.org/Record/102157962>

De Las Asturias, A. (2015). *El Concilio de Trento y la indisolubilidad del matrimonio: reflexiones hermenéuticas acerca del alcance de su doctrina*. España. Recuperado el

15/03/2020. Disponible en <http://www.lexicon-canonicum.org/blog/la-indisolubilidad-del-matrimonio-y-el-concilio-de-trento-un-articulo-clarificador/>

Ghirardi, M. (2009). *El Matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica*. Córdoba, Argentina. Recuperado el 22/03/2020. Disponible en revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/view/686/757

Rojas, E. (1990). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México. Ed. Oxford.

Belluscio, C. (1981). *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Depalma. Recuperado el 25/03/2020.

Sabino, V. (1998). *Derecho Romano*. México. Recuperado el 28/03/2020.

Pettit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México. Recuperado el 03/04/2020. Disponible en https://www.academia.edu/10152474/TRATADO_ELEMENTAL_DE_DERECHO_ROMANO_-_EUGENIO_PETIT_

Arguello, L. (2004). *Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones*. Buenos Aires. Ed. Astrea. Recuperado el 7/04/2020.

Kunkel, W. (1994) *Historia Del Derecho Romano*. Ed. Ariel. España.

Floris G. (1991). *Panorama de la historia universal del derecho*. México. Recuperado el 20/04/2020.

Zorraquin, R. (1979) *Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires. Ed Perrot. Recuperado el 20/04/2020.

Bunge C. (2018). *Historia del derecho argentino*. Buenos Aires. Ed Forgollen. Recuperado el 23/04/2020

López, V. (2018). La convivencia, en crisis tolerancia cero: se duplicó la cantidad de matrimonios que duran menos de 4 años. Recuperado el 26/04/2020. Disponible https://www.clarin.com/sociedad/tolerancia-cero-duplico-cantidad-matrimonios-duran-anos_0_Ydn9I8jiE.html

Costa, M. (2017) *Unión convivencial, unión civil y matrimonio: cuáles son las diferencias entre las tres figuras*. Recuperado el 27/04/2020. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/union-convivencial-union-civil-y-matrimonio-cuales-son-las-diferencias-entre-las-tres-figuras-nid2046973>

Cordeiro, M. (2019) *Del altar a la división de bienes: los porteños se divorcian a los 47 y tras 20 años de matrimonio*. Recuperado el 28/04/2020. Disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2019/08/27/del-altar-a-la-division-de-bienes-los-portenos-se-divorcian-a-los-47-y-tras-20-anos-de-matrimonio/>

Pallaro, B. 2017. *Qué porcentaje de parejas se divorcia y cuánto suelen durar los matrimonios*. Buenos Aires. Ed La Nación. Recuperado el 03/05/2020. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/que-porcentaje-de-parejas-se-divorcia-y-cuanto-suelen-durar-los-matrimonios-nid2020551>

Di Marco, G. (2010). *Los movimientos de mujeres en la Argentina y la emergencia del pueblo feminista*. Recuperado el 14/05/2020, disponible en <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/aljaba/v14a03dimarco.pdf>

Lyubomirsky, S (2018). *La ciencia de la felicidad: un método probado para conseguir el bienestar*. Barcelona. Recuperado el 16/05/2020. Disponible en http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/7280/La_ciencia_de_la_felicidad.pdf;sequence=2

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

Molina Juan Manuel, Mariel, “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”.

Calvo Costa, C. (2017). Derecho de las Obligaciones. Buenos Aires. Ed Hamurabi.

Rodríguez, L. (2015). La responsabilidad civil por daños y perjuicios. Tomo 1. Buenos Aires. Ed Gowa

Ubiria F. (2015) Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires. Ed Perrot.

Fiorenza, A. (2018). El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial. Ed El Derecho. Recuperado el 27/07/2020. Disponible en www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/03/07032018.pdf

Solari, N. 2017. *Derecho de las familias*. Buenos Aires. Ed La Ley. Recuperado el 22/08/2020

S., J. J. c/ G., M. M.; s/ Divorcio y daños y perjuicios - Fallo de fecha 21/04/2016 Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires Recuperado el 26/08/2020. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/07/25/indemnizacion-por-dano-psicologico-y-moral-para-la-conyuge-que-sufrio-violencia-psicofisica/>

Villabella, C. (2009). *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

Expte. N° 5701-15 – “T c/ C s/ divorcio vincular. Buenos Aires. Recuperado el 16/09/2020. Disponible en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/072/831/000072831.pdf>

9. ANEXO

Fallo: S., J. J. c/ G., M. M.; s/ Divorcio y daños y perjuicios

SUMARIO:

Procedencia de la indemnización por daño psicológico y moral reclamado por el cónyuge que sufrió violencia psicofísica. Cuadro de rubros indemnizatorios.

1.-Corresponde hacer lugar al reclamo de los daños y perjuicios en concepto de daño psicológico y daño moral solicitados por la cónyuge reconviniente, toda vez que existió un accionar disvalioso del ex cónyuge que desbordó los límites de conducta habitualmente respetados por las personas corrientes, mediante afrentas a la dignidad y el honor, algunas de ellas públicas, que produjo un daño que debe ser resarcido.

2.-El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie, por lo que corresponde que sea fijado directamente por el juzgador sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros.

3.-Toda vez que los hechos ilícitos ventilados en este expediente se produjeron bajo la vigencia del anterior Código, de modo que conforme la pauta del art. 7 C.C.y Com., corresponde aplicar la normativa vigente al tiempo de su ocurrencia.

4.-Si bien el régimen jurídico matrimonial transita por una vía netamente distinta de la restante regulación de las relaciones humanas, en especial de lo vinculado con la responsabilidad civil, se trata de una situación particular, especial que puede ser equiparada a la de quien comete un hecho antijurídico y resulta obligado a repararlo, se trate de su cónyuge, conviviente o de un tercero, pues hubo violencia física y psicológica, y amenazas, todo lo cual motivó la tramitación de una causa penal, y la asistencia de un botón antipánico (del voto del Dr. Kiper).

Fallo:

En Buenos Aires, a 21 días del mes de abril del año 2016, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: “S., J. J. c/ G., M. M.; s/ Divorcio y daños y perjuicios” y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, la Dra. Abreut de Begher dijo:

I- Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniente contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda de divorcio y rechazó los daños y perjuicios en concepto de daño psicológico y daño moral contra su ex cónyuge.

A fs.200 se agravia la Sra. G. por el decisorio de grado por cuanto rechazó su pretensión de daños y perjuicios. Dijo que la juez luego de decretar el divorcio incausado conforme las disposiciones de los arts. 437 y cc Código Civil y Comercial, se limitó a rechazar su pedido de indemnización del daño psicológico y el daño moral, por entender que no tenía

“respaldo normativo” a la luz de la nueva legislación, sin detenerse a aplicar los preceptos generales de la responsabilidad contenidos en el Código Civil y Comercial, art.1737 y CC. Pide que este aspecto del decisorio sea revocado.

Los agravios son contestados por el actor reconvenido a fs.206/9. Marca en primer término la deserción del recurso, solicitando que así sea declarado; y luego la confirmación del fallo por entender que no se probaron los daños alegados en el escrito que contiene la contrademanda.

II- La juez de grado decretó el divorcio conforme la nueva legislación de conformidad a las disposiciones de los arts. 437 y sgtes. y cc del Código Civil y Comercial, el que ya estaba vigente al tiempo del dictado de la sentencia (13 octubre de 2015). Sin embargo, respecto del reclamo indemnizatorio dijo lacónicamente que “Carece de respaldo normativo lo solicitado por la cónyuge a fs.170 vta. 2 y 3”, ello es el reclamo por daños y perjuicios.

Pongamos las cosas en claro: respecto de la declaración de divorcio incausado no hay controversia alguna en tanto se encuentra consentida por las partes (art.7, 435, 437, 438 y sgtes. del CCC; conforme jurisprudencia de la CSJN, in re “Terren, M. c/ Campili, E.;s/ divorcio”, expte. 14224/2012, sentencia del 29/3/2016; ídem “D.L.P., V.G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas; s/ amparo”, del 6/8/2015).

Lo que resulta meollo de la pieza procesal recursiva es el pedido para que se revoque el fallo en cuanto rechazó la indemnización de daños y perjuicios pretendida por la demandada reconviniendo al entender la a quo que no había respaldo normativo para su pretensión.

III- En doctrina ya mucho se ha escrito en el sentido que bajo el nuevo Código se encuentra establecido el régimen incausado para el divorcio (conf. art.435/445 CCC). Desaparece así toda mención de causa que precede a la petición y a la declaración del divorcio; no puede entonces imputarse culpa alguna o mutua entre los cónyuges. Solo se necesita la voluntad de querer divorciarse exteriorizada en forma conjunta por ambos cónyuges o por uno solo (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Marisa Herrera; “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, La Ley del 2 de julio de 2015, pág.1 y sgtes.).

Ahora bien, aquí no se debate el incumplimiento de los deberes matrimoniales de los cónyuges -deber moral de fidelidad, cohabitación, asistencia mutua, etc. según lo indica el art.431 CCC-, o si existió culpa de algunos de los esposos, sino que el eje central del reclamo son los daños que el actor le habría provocado a su cónyuge durante la convivencia en común, y luego de la separación. He aquí una acumulación objetiva de

acciones, de las cuales una ya se decidió y quedó firme; por lo que resta entonces analizar el reclamo indemnizatorio que viene apelado a esta Alzada.

La reconviniente arguyó en su escrito postulatorio que lo que da sustento a su petición son las agresiones físicas y psicológicas sufridas durante un periodo que abarca desde diciembre de 2008 al mes de agosto de 2013 -ver pieza obrante a fs.44/5-. Sobre esa línea argumental continuaré el análisis para darle el marco normativo adecuado, no sin antes señalar que la pieza recursiva satisface los requisitos del art. 265 y 266 CPCC.

IV- En los Fundamentos del Anteproyecto 2012 redactado por la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que resulta ser el antecedente directo del Código Civil y Comercial, se dijo en forma contundente que era improcedente la reparación de daños por los supuestos incumplimientos matrimoniales -ej. La fidelidad-.

La idea era no incentivar la promoción de acciones resarcitorias si algunas conductas y consecuencias podían tener adecuado cauce de juzgamiento ante el juez de familia que analice el divorcio.

Sin embargo, entiendo que lo dicho no obsta a que en determinadas situaciones si se dan los presupuestos de responsabilidad civil, como el ataque al honor, la intimidad, dignidad, integridad física o psíquica, esos daños puedan ser reparados. Entender lo contrario sería admitir un campo de inmunidad para el sujeto dañador, o en el peor de los casos, que se encuentra configurada una renuncia anticipada a la posibilidad de reclamar la reparación de los daños sufridos por quien resulte víctima de hechos lesivos ocasionados en el ámbito familiar (ver ponencia de Luis Fumarola, “El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares”, ponencia en el XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, Comisión n°3, “Daños derivados de las relaciones de familia”).

Justamente, en este caso el debate no gira sobre si existió infidelidad, falta de asistencia mutua, etc., sino de lo que se trata es de analizar los daños que el actor habría provocado a la demandada reconviniente con su accionar, y en su caso, de indemnizarlos adecuadamente.

Aquí se alegó violencia doméstica ejercida por el actor contra la accionada, y que ello le provocó a ésta un daño psicológico y moral.

V- El Código Civil y Comercial, a diferencia del Código de Vélez, consagra en forma explícita el principio de no dañar al otro, ya reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos (CSJN, Fallos 308: 11767, in re “Santa Coloma, Luis

F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”; Fallos 327: 3753, in re “Aquino c/ Cargo Servicios industriales”; etc.).

Dice el art. 1716 CCC referido al deber de reparar que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código”. El Código reconoce a la antijuricidad como el presupuesto configurativo de la responsabilidad civil en el art.1717 cuando establece que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Por ello, el derecho de daños debe actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, conforme a un resarcimiento justo, a los menoscabos sufridos por una víctima en su esfera familiar, atendiendo particularmente a las circunstancias del caso.

Ya lo decía Matilde Zavala de González bajo el Código derogado, al indicar que cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo (Resarcimiento de daños, Hammurabi, T IV, pág.124).

No cabe lugar a dudas que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad, armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral, son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico – tanto en el bloque legislativo interno, como el supra nacional, conf. art.1 y 2 CCC), por lo que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos.

Se encuentra planteado aquí la violencia doméstica que sufrió la esposa durante la parte final de la convivencia, y luego de separados, que le causó tanto un daño psicológico, como un daño moral.

Precisamente, corresponde desentrañar si se encuentra probada la lesión a su integridad psicológica y si ella tiene relación de causalidad con el accionar del actor, debido a las continuas persecuciones, amenazas, agresiones verbales y físicas hacia su persona y su hijo. El onus probandi recae sobre la demandada-reconviniente (conf. art.377 CPCC).

VI-Imputario facti A pesar de las impugnaciones realizadas por ambos contendientes acerca de la idoneidad de los testigos en los términos del art.

456 CPCC, considero que en lo principal se encuentra acreditado el estado de zozobra que debió transitar la accionada frente a las actitudes y vías de hecho del actor.

La lectura de las declaraciones testimoniales permite observar que durante la vida matrimonial, como luego de la separación, la Sra. G. sufrió maltratos de su esposo, persecuciones y amenazas; y que temió por su vida y la de su hijo.

Es cierto que alguno de los declarantes tenía vínculos familiares con las partes, pero no lo es menos que esas personas son quienes al estar cerca de los involucrados conocen más en profundidad el conflicto. Otros eran compañeros de trabajo, y dieron adecuada razón de sus dichos. En todas las situaciones no advierto atisbo de falsedad o parcialidad en sus expresiones, sino por el contrario, en general que fueron relatos asépticos, que trataban de ilustrar sobre situaciones algunas de ellas pasadas en su presencia, y otras, por dichos de los contendientes.

La causa penal venida ad efectum videndi caratulada “S., J. J.; s/ art.149bis.CP. Amenazas”, da cuenta de la denuncia por amenazas efectuado por la Sra. G., previa intervención y derivación desde la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esa oportunidad relató las amenazas de muerte que recibiera del actor en su lugar de trabajo el 17 de junio de 2013, y mencionó otras situaciones de violencia física y psíquica ocurridas desde el año 2008. Consta en ese expediente un comprobante de registro de consulta informativa n° 0000367, del 23 de diciembre de 2008 cuando la Sra. G. fue a la OVD para asesorarse sobre una situación de agresión física de parte del actor hacia ella y su hijo (fs.44).

La evaluación de los profesionales de la OVD fue que la Sra. G. presentaba una situación de alto riesgo (informe del 23 de junio de 2013, fs.7/8).

Asimismo, surge de la declaración de la demandada que luego de la separación con el actor a partir del 13 de noviembre de 2011, no había tenido contacto con él, hasta que volvió a amenazarla el 17 de junio de 2013 (fs.38, causa penal por amenazas), y que se había apersonado anteriormente en su lugar de trabajo en reiteradas ocasiones preguntando por ella.

Las entrevistas telefónicas con testigos corroboran los dichos de la reconviniente en el sentido que sabían que existieron amenazas de agresión contra ella (causa penal fs.47, fs.48). El testigo Valdéz ratificó que el actor se apersonó en el lugar de trabajo de la demandada, y que luego de varios minutos se retiró del lugar (fs.54). Ese día 23 de agosto de 2013 se activó el botón de pánico dado por el Gobierno de la Ciudad en razón de la violación del perímetro de restricción de acercamiento (fs.77).

El Fiscal de 1ª Instancia había ordenado el archivo de esas actuaciones por entender que debía enmarcarse “...la situación en los parámetros usuales de los conflictos de la violencia de género, en los que la habitualidad, la recurrencia o la historicidad de la violencia son elementos frecuentes. De tal modo, no puede descartarse que la reacción

del encartado, de haber existido, haya sido producto de una situación concreta de enojo u ofuscación, lo que disminuye la posibilidad de afirmar que haya sido una enunciación dotada de seriedad”. Esa decisión fue revocada por el Fiscal de Cámara que no convalidó el archivo de las actuaciones por entender que el relato de la víctima, aunado al testimonio de Valdéz, quien trabajaba en la estación de servicio donde lo hacía la accionada -lugar al que se apersonó el actor-, demuestra la seriedad de su denuncia, y “echa por tierra la versión del imputado que aseguró no haber concurrido al trabajo de su ex pareja”; por lo que manda continuar con la investigación (fs.110).

Posteriormente la citada no se presentó en el expediente para entregar el celular a los fines periciales sobre los mensajes de texto de parte de S. y su desgravación, por lo que se dispuso finalmente el archivo de la causa, lo que fue convalidado por su Superior (junio de 2015, fs.125).

El expediente civil por violencia doméstica contra el actor da cuenta también de los pormenores de la situación familiar.

VII-Imputatio iuris Entiendo que los hechos ilícitos ventilados en este expediente se produjeron bajo la vigencia del anterior Código, de modo que conforme la pauta del art. 7 CCC, corresponde aplicar la normativa vigente al tiempo de su ocurrencia (conf. Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, pág.83).

El deber de no dañar constituye el precepto jurídico que debe respetarse en toda sociedad civilizada (conf.célebre fórmula romana concebida por Ulpiano, alterum non laedere). Se trata de un deber de conducirse en la vida social con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no provoque perjuicios a otros, sea en la persona, bienes o cosas (Cazeaux, Pedro y Trigo Represas, Félix, Derecho de las Obligaciones, Platense, La Plata, 2da.ed., 1976, T IV, pág.314/5). Este principio está consagrado en el art.19 de la Constitución Nacional donde se determina que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

La infracción a este deber jurídico de no dañar a los demás, de jerarquía constitucional, genera civilmente la obligación de reparar el perjuicio causado. El Código Civil impone esta obligación en el art. 1109 CC que indica que “Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio” (conf. también art. 1068, 1077 y 1078 CC). Esta norma establece un principio general de responsabilidad por culpa que domina todo el sistema velezano, consagrando una regla de profundo valor moral y social: el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a sus semejantes.

El daño es el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, en tanto es el requisito infaltable en la responsabilidad resarcitoria: sin daño no hay que indemnizar (conf. Zavala de González, en Highton-Bueres, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, 1999, T 3ª, comentario art.1067 CC).

Estimo necesario recordar que, en la esfera civil, la procedencia de la acción indemnizatoria no se conforma con la verosimilitud del daño sufrido. Se requiere, además, que medie relación de causalidad entre el hecho que se le atribuye en este caso al actor y el daño padecido por quien reclama la indemnización. Si el juzgador no puede arribar a un razonable grado de convicción respecto de la existencia de un adecuado nexo causal entre ambos extremos, la pretensión del actor no hallará favorable acogida.

No puede ignorarse que todos los fenómenos del mundo jurídico, como los del mundo físico, están sujetos al principio de causalidad. En efecto, todo lo que acontece con alguna relevancia en el derecho, responde a un hecho anterior que le sirve de causa o antecedente e influye en otro u otros hechos concomitantes o consecuentes.

Ya sabemos que los presupuestos básicos de la responsabilidad civil están dados por la acción, la antijuridicidad, el daño, la relación causal y la presencia de un factor de atribución (ver J. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 6ta. edición, Bs. As., 1989, pág. 21, n° 580, p. 86, n° 170; ver Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 123).

Ahora bien, no se advierten contradicciones en la postura de la reconviniente, sino por el contrario que sus dichos fueron corroborados por testigos, algunos presenciales y otros de oídas, que junto a la pericia psicológica, la causa penal por amenazas y la civil de violencia doméstica, permiten en su conjunto formar convicción sobre la relación de causalidad entre los hechos acaecidos y el daño ocasionado a la demandada (conf. postura jurisprudencial sobre la prueba de la existencia del daño en las relaciones de familia, CNCivil Sala A, “A.,M.D. c/ B., P.M.” DJ 2007-2- 701; ídem Sala G, “O., E.B. c/ M., A.C.” del 22/2/2008, La Ley Online, AR /JUR/489/2008).

En efecto, existió un accionar disvalioso del ex cónyuge que desbordó los límites de conducta habitualmente respetados por las personas corrientes, mediante afrentas a la dignidad y el honor, algunas de ellas públicas, que produjo un daño que debe ser resarcido.

Es un caso típico de responsabilidad por daños que tuvo su origen en la violencia doméstica que no puede ser tolerado ni permitido por la sociedad, situaciones que cuando son ventiladas ante los Estrados Judiciales los jueces no podemos permanecer pasivos como convidados de piedra, debiendo llamar a la reflexión social sobre esta cuestión,

poniendo especial énfasis en su gravedad, y las posibles derivaciones que pueden tener cuando no se pone límite a ese desenfreno.

Son elocuentes las conclusiones de la Comisión n°3 vertidas en las XXV Jornadas Nacionales de Bahía Blanca (2015), donde se votó por unanimidad que “El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares”, y que “Constituyen supuestos de resarcimiento entre cónyuges los daños provocados por violencia familiar y de género”.

Siguiendo las pautas indicadas anteriormente, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, junto al estado personal de la víctima que se encontraba amenazada por el actor, podemos afirmar que existen indicios graves, precisos y concordantes que ese contexto causado por el accionar del Sr. S. conf. factor de atribución subjetivo- le provocó a la Sra. G. un estado de zozobra que al permanecer en el tiempo derivó en un daño a la dignidad e integridad psicofísica de la demandada reconviniendo.

Los motivos precedentes justifican el progreso de la demanda (conf. art. 512, 902, 1067, 1068, 1107 y cc CC).

VIII-Rubros indemnizatorios a) Daño psicológico La pericia psicológica realizada por la Lic. Andrea Alvariño a través de una batería de test psicológicos arriba a la conclusión que la actora presenta un trastorno mental que puede ser encuadrado dentro de la clasificación del trastorno de estrés post traumático según el DSM-IV, con carácter de cronicidad. Dice que presenta indicadores de signo sintomatología de tipo psicósomática (irregularidades en el sueño hiperactivación arousal) propios de sentimientos de angustia y ansiedad, compatibles con las situaciones de violencia tales como las manifestadas en la litis (fs.179/81). Indica que padece una incapacidad psicológica del 15% (Baremo Castex-Silva).

Respecto del valor de la prueba pericial, se ha sostenido que para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por el técnico debe dar razones muy fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal y le permiten al magistrado formar su propia convicción, cuando es evidente que esta comporta la necesidad de una apreciación crítica de un campo del saber, naturalmente ajeno al hombre de derecho, corresponde estimar otros elementos de juicio que permitan fehacientemente concluir en que ha habido error o inadecuado uso en el caso por el perito de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponerse dotado (Esta Sala, “Herbstein, Amalia Gladys y otros c/ Pérez, Javier Alejandro y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. 30.284/2004, del 20/09/2010; “Bassan, Aída Aurora c/ Jurena, Carlos Aníbal y otros s/ daños y perjuicios”, Expte.63.635/2006, 07/12/2009).

Es decir, que si no concurren claros e inequívocos elementos de juicio opuestos, el magistrado debe aceptar las conclusiones periciales siempre y cuando éstas se encuentren debidamente sustentadas, pues aquél carece de los conocimientos específicos el experto.

De acuerdo a los argumentos precedentes, entiendo que el daño psicológico invocado tiene relación de causalidad con la violencia familiar sufrida por la demandada, por lo que en función del dictamen pericial y demás circunstancias que surgen de los expedientes civiles como de la causa penal, propongo fijar este ítem resarcitorio en la suma de \$ 40.000.

b) Daño moral:

Debo indicar que participo de la postura doctrinaria y jurisprudencial que considera la indemnización por daño moral, de carácter resarcitorio, y no sancionatorio, pudiendo no guardar relación alguna con la fijación de la incapacidad sobreviniente, dado que puede existir con independencia del mismo (v. Orgaz, El daño resarcible, 1967).

El daño moral es una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (Conf. Bustamante Alsina, Teoría de la responsabilidad civil, p. 205; Zavala de González en Highton (dir.), Bueres (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.172).

Respecto de la prueba del daño moral, se ha dicho que:

“cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el onus probandi. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, t. 1, ps.

387/88).

El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie. Así, el daño moral corresponde que sea fijado directamente por el juzgado sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros (“Rojas Lozano, María Margarita c/ Herederos de Carbajal Eduardo Daniel y otros

s/ daños y perjuicios”, Expte. 43.837/2008; “Costaguta Rojas, Emir c/ Carbajal, Cecilia y otros s/ daños y perjuicios”, Expte.58.373/2007; “Laura Sirpa, Francisco Reynaldo c/ Carbajal, Cecilia y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. 58.388/2007 del 06/02/2012; “Lisi, J. y otros c/ Salud Oeste SRL (Sanat. 15 de Diciembre H.A. Moyano) y otros s/ daños y perjuicios-resp. prof. médicos y auxiliares”, Expte. 85.446/2004, del 07/08/2012).

Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso. “La determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración pues se trata de daños que afectan a esferas distintas” (conf. Llambías, Obligaciones, t. I, p. 229).

Tomando en consideración las particularidades que presentó el hecho, en el que se vio afectada la vida familiar de la Sra. G. por la violencia doméstica ejercida contra ella por su ex cónyuge, la que continuó tiempo después de la separación, perturbando en forma indebida la tranquilidad de su vida no solo familiar sino también laboral, mediante amenazas y persecuciones, lo que razonablemente repercutió en los sentimientos de la damnificada, estimo la partida en la suma de \$ 25.000 conforme fuera peticionado en el escrito postulatorio (fs.42 y 52).

IX-Colofón Por los argumentos que anteceden, propongo al Acuerdo de Sala de mis distinguidos colegas:

I- Revocar el decisorio de grado en lo que se relaciona al reclamo por daños y perjuicios efectuado por la demandada reconviniente, y por lo tanto, hacer lugar a la acción indemnizatoria por daño psicológico y daño moral contenida en la reconvención por la suma total de \$ 65.000, la que deberá abonarse dentro del plazo de 10 días, bajo apercibimiento de la aplicación de la tasa activa del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento a 30 días (conf. plenario “Samudio de Martinez Ladislao c/Transporte Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” del 20-4-2009, y art. 768 inc.c) CCC). Las costas de ambas instancias por la reconvención se imponen al actor-reconvenido (conf. art.68 CPCC).

El Dr. Kiper dijo:

Como ya sostuve en un antiguo fallo plenario de esta Cámara, entiendo que el régimen jurídico matrimonial transita por una vía netamente distinta de la restante regulación de las relaciones humanas, en especial de lo vinculado con la responsabilidad civil. Entendí

que no era pertinente recurrir a las normas y principios del derecho de daños, para resolver lo relacionado con la realización de conductas tipificadas por la ley como causantes del divorcio.

Sostuve que la noción de la culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente. Cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional que, finalmente, provoque una fractura que haga imposible la convivencia, es preciso que dos personas adopten posturas que posibiliten el acaecimiento de tales hechos.

Esta idea es la que se desprende del nuevo Código Civil y Comercial. Así lo han declarado recientemente las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por mayoría, y es la doctrina que surge también del voto de mi colega.

En el caso, nos encontramos frente a una situación particular, especial que puede ser equiparada a la de quien comete un hecho antijurídico y resulta obligado a repararlo, se trate de su cónyuge, conviviente o de un tercero. Hubo violencia física y psicológica, y amenazas, todo lo cual motivó la tramitación de una causa penal, y la asistencia de un botón antipánico.

Al ser así, adhiero al voto de mi distinguida colega, la Dra. Abreut.

El Dr. Fajre, por las consideraciones expuestas por la Dra. Abreut de Begher, adhiere a su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

FDO.

J. Benito Fajre.

Liliana E. Abreut de Begher.

Claudio M. Kiper.

Buenos Aires, 21 de abril de 2016.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decidió- Revocar el decisorio de grado en lo que se relaciona al reclamo por daños y perjuicios efectuado por la demandada reconviniente, y por lo tanto, hacer lugar a la acción indemnizatoria por daño psicológico y daño moral contenida en la reconvencción por la suma total de \$ 65.000, la que deberá abonarse dentro del plazo de 10 días, bajo apercibimiento de la aplicación de la tasa activa del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento a 30 días (conf. plenario “Samudio de Martinez Ladislaa c/Transporte Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” del 20- 4-2009, y art. 768 inc.c) CCC). Las costas de ambas instancias por la reconvencción se imponen al actor-reconvenido (conf. art.68 CPCC).

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), Notifíquese y, oportunamente, archívese.

FDO. J. Benito Fajre.

Liliana E. Abreut de Begher.

Claudio M. Kiper.

Fallo: “T c/ C s/ divorcio vincular”

Expte. N° 5701-15 – “T c/ C s/ divorcio vincular” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE GENERAL PICO (La Pampa) – 14/12/2016 En la ciudad de General Pico, provincia de La Pampa, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne en ACUERDO la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados “T C/ C S/ DIVORCIO VINCULAR” (expte. N° 5701/15 r.C.A.), venidos del Juzgado de la Familia y del Menor N° 1 de esta Circunscripción.- El Dr. Horacio A. COSTANTINO, sorteado para emitir el primer voto, dijo: T promovió juicio de divorcio vincular contra C, por la causal de injurias graves, y pidió costas. Dijo que contrajeron matrimonio el día 14 de febrero de 1986 y tuvieron tres hijos: M, M E y M A. Manifestó que su esposo la hizo blanco de todo tipo de calumnias e injurias, imputándole la calidad de infiel y haciendo comentarios agresivos tanto en público como ante el grupo familiar. Encuadró la conducta del demandado en lo previsto por el derogado art. 202 inc. 4 del Cód. Civil (fs. 9/11 v.). C contestó la demanda, pidió su rechazo y articuló reconvencción. Reconoció la existencia

del matrimonio y que tuvieron tres hijos, que la relación se fue deteriorando y que inició tratamiento psicológico y psiquiátrico. Negó haber hostigado a la actora con escenas de celos, agresiones verbales, persecuciones, haberla amenazado o puesto en peligro su vida. Manifestó que hacia fines del 2010, T comenzó a estar alterada y con baches anímicos preocupantes. Esto también fue advertido por sus hijos y padres. Tenía sospechas de que su esposa le era infiel y lo confirmó el día 6 de junio de 2011 cuando la vio saliendo de un hotel alojamiento con otro hombre. Solicitó que se declare el divorcio por culpa de la actora por las causales de adulterio, tentativa contra su vida, injurias graves y abandono voluntario y malicioso de parte de su esposa, en los términos de los derogados arts. 214 inc. 1° y 202, incs. 1°, 2°, 4° y 5° del Código Civil, y reclamó la reparación del daño moral, con expresa imposición de costas (fs. 44/62). A fs. 100/119 la accionante pidió que se rechace la reconvencción y se haga lugar a la demanda, con costas. Fracasados los intentos conciliatorios se celebró la audiencia preliminar, en cuyo transcurso la causa se abrió a prueba y se proveyó la ofrecida (fs. 145/146). Se produjo la certificada a fs. 471/471 v. y 475, y a fs. 478 se clausuró el período probatorio. Luego alegaron la actora y la demandada El Fiscal adjunto dictaminó a fs. 512. La sentencia de fs. 514/525 rechazó las causales de divorcio denunciadas en la demanda y la reconvencción, decretó el divorcio vincular por la causal contemplada por el art. 214 inc. 2° del Código Civil sin culpa de las partes, e impuso las costas en el orden causado. También decretó la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda y rechazó el reclamo por daño moral del reconviniente, con costas.- – Apelaron el demandado reconviniente (expresión de agravios de fs. 560/573 v., contestado a fs. 580/583) y la actora (memorial de fs. 587/589, contestado a fs. 592/592 v.). A fs. 612/612 v. este tribunal admitió el hecho nuevo articulado a fs. 558/558 v. y ordenó agregar la sentencia penal absolutoria dictada a favor del demandado respecto de los delitos de amenazas simples en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma, cuya copia luce a fs. 542/557.- El demandado reconviniente sostiene que la jueza: a) falló extrapetita en tanto critica el régimen del anterior Código Civil sin hacer mérito de los respectivos intentos de acreditar las causales de divorcio; b) valoró erróneamente la prueba respecto de la atribución de la culpabilidad; y c) rechazó sin fundamentos el reclamo del daño moral. La actora se agravia porque la jueza: a) no consideró acreditadas las injurias que atribuyó a C; y b) se autolimitó amparándose en un criterio restrictivo para analizar la prueba de las causales y en la pronta derogación del sistema de culpas en ese entonces imperante. Ambas partes se quejan porque la sentenciante alude a las reformas legislativas de fondo en la materia que en ese momento aún no estaban vigentes. El presente expediente ingresó a este tribunal cuando ya estaba vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley N° 26.994 que derogó las causales objetivas y subjetivas del divorcio, aspecto que constituye el contenido de la totalidad de los agravios de ambos apelantes. Moisset de Espanés enseña que “dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo. El primero, la casi absoluta irretroactividad de la ley, que sólo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador, de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a la nueva norma. El segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación, a partir de su entrada en vigencia. Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad de su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya

constituidas, o a efectos producidos (...) Las relaciones o situaciones ya agotadas, son regidas por la ley que estaba vigente en aquella época. Los problemas se originan con respecto a ‘situaciones pendientes’ al momento en que se produce el cambio de legislación” (Luis Moisset de Espanés, “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3, Código Civil Derecho Transitorio”, p. 16/17; Universidad Nacional de Córdoba, año 1976). Recientemente, en un proceso de divorcio, nuestro máximo tribunal federal reiteró que “las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (...) y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión (...) deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. fallo CSJN, 29.3.16, “Terren, Marcela María Delia y otros c/ Campili, Eduardo Antonio s/divorcio, que a su vez cita, en igual sentido, los siguientes fallos: 306:1160, 318:2438, 325:28 y 2275; 327:2476, 331:2628, 333:1474, 335:905, causa CSJ 118/2013 (49- V)/CS1 “V., C.G. c/ I.A.P.O.S. y otros sobre amparo”, sentencia del 27 de mayo de 2014). En el mismo fallo declaró que “la ausencia de una sentencia firme sobre el fondo del asunto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones” (conf. fallo citado: CSJN, 29.3.16, “T., M. M. D. y otros c/ C., E. A. s/divorcio).- — — El art. 7 CCyC, que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, dispone la aplicación de la nueva ley “a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que implica el efecto inmediato de la ley. Es decir, toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encuentra, e inmediatamente pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Molina de Juan, Mariel F., “El código civil y comercial y los procesos familiares en trámite”, La Ley 16/09/2015, AR/DOC/3137/2015, con cita de Borda, Llambías y Kemelmajer de Carlucci). “Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme -por ende, sin haber derechos adquiridos- se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decreta el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Cód. en materia de divorcio, que como recepta un único sistema lo será al de divorcio incausado. Esta misma interpretación cabe para aquellos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa” (Ricardo Lorenzetti, Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 734; en el mismo sentido: Aída Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, p. 29 y ccds.). “Las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones Jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136; el resaltado es propio).- De conformidad a lo expuesto, la nueva ley debe ser aplicada a los procesos en trámite, cualquiera sea la etapa

en que se encuentren. En consecuencia, todas las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial (procedencia, modo, forma y efectos) se regulan en los arts. 435 y siguientes del Cód. Civ. y Com (T. M. c/C., E. s/divorcio, CSJN).- – La aplicación inmediata de una ley que modifica la situación jurídica de quien ha esgrimido una pretensión en los tribunales, no implica afectación de la garantía de igualdad ni conculca derechos constitucionales. Así lo sostuvo la CSJN el 28/4/1992 en el fallo “L., C.M.I. c/D, C.A.”, en el que explicó que las diferencias existentes entre las situaciones anteriores y posteriores a la sanción de un nuevo régimen legal no importan agravio a la garantía de igualdad ante la ley, porque de lo contrario toda modificación legislativa implicaría desconocerla (Fallos: 295:694), ya que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (Fallos: 275:130, 283:360, 299:93, conf. Molina de Juan, Mariel, artículo citado). De acuerdo a dicho criterio, la aplicación de la nueva ley al caso concreto que nos ocupa no afecta el principio de congruencia, pues al fallarse conforme a sus preceptos no se modifica la pretensión esencial de ambas partes que es lograr el divorcio. Como los jueces tienen el deber de fallar conforme a las circunstancias existentes al momento del dictado de la sentencia, se registran precedentes en los que se observa una morigeración de la congruencia fáctica, sin que ello implique vulnerar el debido proceso o el derecho de defensa (conf. Molina de Juan, Mariel, artículo citado, y De los Santos, Mabel, “Principio de congruencia” en “Principios procesales”, Director Jorge Peyrano, T. I, p. 219, 223 y 227 a 231, Rubinzal Culzoni Editores, año 2011). En los procesos de familia los principios procesales se flexibilizan. La intervención de la justicia debe perseguir pacificar al grupo y restablecer el equilibrio familiar impactado por la conflictiva o al menos lograr un nuevo equilibrio, lo que se aleja totalmente de la antinomia “vencedorvencido” (Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, pag. 109, Rubinzal Culzoni Editores, año 2016). La traba de la litis no siempre agota la relación sustancial, porque aunque se haya producido en los términos de un divorcio culpable (en este caso culpas recíprocas) la pretensión puede reconducirse dentro del cauce de la nueva ley cuyos fundamentos emanan del propio sistema constitucional convencional. De este modo no se afectan las garantías constitucionales. Al suprimir las causales subjetivas y objetivas, el nuevo CCyC simplifica el proceso de divorcio a un pedido unilateral o bilateral que impide al juez indagar acerca de los motivos que precipitaron el interés de poner fin al proyecto de vida en común. En los fundamentos del Anteproyecto se dice que ‘la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso’. Por ello, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial (Krasnov, Adriana N., “Tratado de Derecho de familiar”, T. II, p. 389, Editorial La Ley, año 2015). En virtud de lo expuesto, la aplicación del nuevo CCyC tornaría inoficioso cualquier pronunciamiento sobre los agravios referidos a las causales invocadas por cada uno de los apelantes para atribuir al otro la culpa del divorcio. De tal forma, la cuestión de culpabilidad e inocencia deviene abstracta por la aplicación del nuevo ordenamiento normativo. En el caso no es exigible la presentación de la propuesta de regulación de los efectos del divorcio que requiere el nuevo ordenamiento, a pesar de que constituye hoy un requisito de admisibilidad, pues tanto la actora en su escrito inicial como el demandado en su reconvención solicitaron que se decrete el divorcio vincular (Cam. Nac. Apel. en lo Civil, Votantes: Molteni-Picasso, S.E.S c/M.A.P. s/divorcio, 5.11.15, MJ-JU-M-96329-AR). C basó el reclamo de daño moral en: 1) la violación del deber de fidelidad, la

destrucción de la confianza y la “falta de respeto al inocente”, por la publicidad del hecho y su repercusión en los diarios y portales locales; 2) la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador, por lo que quedó la secuela de “strees post traumático” con pronóstico “reservado” según informe del médico psiquiatra C; 3) las injurias graves causadas por el divorcio; 4) el abandono voluntario y malicioso: en lugar de “cuidar a su marido herido” ... “aprovechó para sacar” de su domicilio conyugal “toda su ropa y muebles” mientras él estaba internado. Sostuvo que el daño moral provocado en los afectos y en su personalidad resultan de una magnitud “muy superior al que necesariamente se sufre en un divorcio”, máxime teniendo en cuenta que la “actividad docente profesional del damnificado” ... “le creó un trauma que le dificulta su vida de relación” (ver fs. 55 a 60, escrito “Contesta demanda... Reconviene”). La jueza rechazó la indemnización de daño moral pretendida por el reconviniente, por haberse decretado el divorcio sin atribución de culpa a las partes (fs. 524). En sus agravios, C insiste en que la conducta de la actora se hizo pública y lo dejó en una situación de escarnio público. Dice que la publicación y consiguiente difusión del hecho ha sido lesivo para la moral. Añade que “la situación de encontrar a su esposa saliendo de un Hotel Alojamiento con otra persona es de por sí traumática” y que “el daño se potencia al publicar la noticia, máxime si tenemos en cuenta que el demandado se relacionaba en ámbitos con idiosincrasia conservadora”. Afirma que la noticia fue recibida “con gran estupor y le causó mucha vergüenza”, ocasionándole “una lesión en su autoestima difícilmente reparable”. Realiza un repaso de la prueba documental agregada y la pericial producida. Hace referencia a testimonios que dan cuenta que la noticia fue objeto de comentarios en los diversos ámbitos que frecuentaba y que acreditan el padecimiento humillante, la vergüenza, la angustia e infelicidad que le tocó vivir y sigue hasta la fecha de expresar agravios. Se sostiene que al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de los deberes conyugales no genera consecuencias jurídicas (“Daños y Familia, Marcos M. Córdoba, AR/DOC/4438/2015, La Ley on line).- El art. 431 del Código Civil y Comercial establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Su redacción tiene relación con la eliminación de las causales de divorcio, que en el régimen vigente pasa de causado a voluntario.- En el régimen legal anterior, la violación de la fidelidad en tanto deber jurídico podía dar lugar a la reparación de daños y perjuicios. Actualmente el único derecho-deber moral que se deriva del matrimonio es el de fidelidad, por lo que se ha dicho que en el régimen ahora vigente la violación o incumplimiento de este no trae consigo una determinada sanción civil (Herrera, Marisa en “Código Civil y Comercial Comentado”, Lorenzetti: Director, T. II, p. 679 y sig., Rubinzal Culzoni Editores). También se ha expresado que la cohabitación y la fidelidad ya no son conductas exigibles al otro cónyuge sino que depende de la voluntad de ellos vivir juntos y abstenerse de tener relaciones sexuales con otras personas (Mercedes Robba y Marcela Lorena Sasso en “Código Civil y Comercial Comentado”, Directores: Rivera, Julio César-Medina, Graciela, T. II, p. 60, Editorial La Ley, año 2014). Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini citan la opinión contraria de Borda, según el cual “el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio y que éste tiene un fundamento moral. Afirma: ‘La unión de cuerpos y almas quedaría profundamente resquebrajada si se permitieran las relaciones extraconyugales. Es, pues, el primero entre los deberes conyugales, y tiene carácter recíproco’ ” (“Código Civil y Comercial Comentado”, T. III, p. 203, Editorial La Ley, año 2016) La “supresión de la fidelidad como deber jurídico y la expresa consideración de su contenido moral han movido a la reflexión de si la infidelidad entre

los esposos puede originar un daño reparable de esta perspectiva”. La comisión redactora dejó plasmado en los Fundamentos del Proyecto que “los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial del derecho de daños”. De ello resultaría que el incumplimiento de los deberes morales que puedan existir no abre la vía de la reparación, en tanto no exista antijuricidad, que es un presupuesto indispensable para configurar el deber de reparar (Marisa Herrera en obra citada, nota 354, p. 257). La excepción puede darse cuando la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil y no por violación de un deber matrimonial. Por ejemplo, la reparación por daños por la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge (Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras, “Tratado de derecho de familia”, Tomo I, p. 255/257, Rubinzal Culzoni Editores, año 2014). Es decir, “si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé, excepto los derivados de la condición de ‘culpable’ al no existir ya dicha categorización” (ver SOLARI, Néstor E., “Los Daños en las Relaciones de Familia” en REVISTA de DERECHO DE DAÑOS 2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial, pág. 539, Edit. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe 2013). Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, aunque celebran que el nuevo código haya incluido expresamente el derecho-deber de fidelidad “en el conjunto de las relaciones personales entre los cónyuges, por ser una nota esencial de la institución matrimonial”, no creen “que en el régimen implantado la violación del deber moral de fidelidad pueda dar lugar siquiera a una pretensión de indemnización por supuesto daño moral...”, y opinan que “no es factible el resarcimiento del daño moral, ya que para que esa alternativa sea posible debe mediar un ilícito civil y el Código Civil y Comercial descarta la ilicitud de la violación de la fidelidad” (“Código Civil y Comercial Comentado”, T. III, p. 203 y 204, Editorial La Ley, año 2016).- – – –

Sobre este tema, con buen criterio, se ha dicho que la falta de sanciones por la violación de los deberes que nacen del matrimonio “puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte ya sea de uno de los cónyuges hacia el otro, o de ambos, lo que es altamente inconveniente tanto para ellos como para los hijos y para la sociedad. No resulta en absoluto razonable que ambos esposos tengan algo así como “piedra libre” al respecto o, si se quiere, una especie de bill de indemnidad en cuanto a su conducta antimatrimonial, que muchas veces puede ser de una gravedad extrema; estamos convencidos que no puede ser considerada como moralmente admisible una norma jurídica por aplicación de la cual carezca de consecuencias la realización de actos que, sin llegar a una situación civil o penalmente contemplada como punible, sean contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí. Por supuesto que conductas de esa especie no pueden ampararse en la libertad y la autonomía de la persona, debiendo aquellas tener una consecuencia negativa para el esposo que así actúa, ya que de otra manera se estaría fundando un inexistente derecho de causar un daño al otro esposo, violándose de tal manera sin pena alguna las normas legales vigentes en materia de responsabilidad. En sentido concordante al que venimos sosteniendo, Zannoni ha afirmado que si el matrimonio se disuelve por causas realmente imputables a uno de los esposos, ‘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*’ ” (Sambrizzi, Eduardo A., Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial, LA LEY 19/03/2015, 1; LA LEY

2015-B, 746). Naturalmente, la doctrina discute si la transgresión del deber moral de fidelidad matrimonial permite que el cónyuge víctima de infidelidad reclame al responsable el resarcimiento del daño moral. Benjamín Moisés, citado por Mazzinghi en “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, se pronuncia a favor de la procedencia del resarcimiento del daño (“Divorcio, responsabilidad civil — Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, La Ley, 2 de marzo de 2015, pág. 11) Osvaldo O. Álvarez sostiene “que en una esfera tan delicada o sensible como lo es el ámbito familiar, la fidelidad —del latín “fidelitas, ätis”— (lealtad, observancia de la fe que uno debe al otro) se la ha desdorosamente segregado o abatidamente arrinconado a un ramplón o nimio encargo inmaterial” (Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial, Carlos Calvo Costa, Director, T. II, Relaciones de familia, p. 249, Ed. La Ley).- - - - - Sigue diciendo el citado autor que se ha puntualizado, de igual forma, que a partir de la inexigibilidad jurídica del citado axioma se impide o agarrota al cónyuge afectado de cobijarse o ampararse de aquella transgresión o agravio que le es sobreviniente. De tal forma, el Estado —que se proclama pluralista en una concepción moderna del matrimonio— no reconoce, por igual, a todos los proyectos de vida; toda vez que aquel que quisiere resguardarse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien se antoje en incurrir en aquella peculiar licencia no merecerá reproches civiles, ni expiará secuelas económicas. Se consagra —como se deduce— un derecho al daño matrimonial, vulnerando —entre otros inmarcesibles enjuiciamientos sobrevinientes— el atávico y clásico principio latino “honeste vivere, suum cuique tribuere”, regulando un nuevo o neófito modelo de familia alejado del sentir de la sociedad argentina y ello —en tanto— se impone un refrendado y autorizado “matrimonio abierto”.- - - - - “Esta naciente forma de divorcio-remedio parecería fulminar o anatematizar cualquier remedio o probabilidad de demandar alguna clase de resarcimiento extrapatrimonial derivado de la desunión en sí, aunque emane o provenga de una hipotética causal imputable al otro consorte; incitando o facilitando despreocupadas y negativas conductas en el obrar de las partes en detrimento de los hijos y de la sociedad toda”.(...) “Parece ser, entonces y conforme se referencia en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma, que los únicos daños que pueden ser indemnizados serán aquellos que se canalicen por el sistema de la responsabilidad civil, sin que tengan causa en la ligazón nupcial, ni en los deberes que de él emanan. Se procura disociar, distinguir o diferenciar —por lo tanto— todo aquello que sea relativo o inherente al vínculo matrimonial con lo que fluye o germina del denominado Derecho de Daños”.- - - - - “Pese a tan férreos y expulsivos raciocinios diversos autores, a contrapelo de los mismos y con el objeto de basamentar la conjetural procedencia de aquel remedio resarcitorio, sostienen que dicha reparación no lo es en la calidad o entidad de cónyuge afectado o de consorte-víctima sino en el abrumado hecho o en la insufrible circunstancia de haber sido menoscabado, lesionado o alterado alguno de sus derechos personalísimos, como le puede ocurrir a cualquier sujeto que sufra un daño injustificado”.- - - Con similar fruición o hermanado criterio no es dable omitir de resaltar o de destacar que ciertas actitudes o situaciones relacionadas con la vida conyugal —sin mengua de la exoneración resarcitoria invocada— no dejan de constituir, configurar o modelar un claro contexto ocasional de daño (ej. conducta afrentosa o violenta, dolosa falta de convivencia, vejación, desmerecimiento público del otro contrayente, etc.).” “Sin embargo habría que distinguir entre los daños que se pueden generar contra cualquier persona (ej. malos tratos o humillaciones) de aquellos que se enlazan con un vínculo conyugal y que generan la alteración del plan de vida, la pérdida de la felicidad o —incluso— la propia causal de adulterio” “De ahí, pues, que derivada

de la atávica frase acuñada por latinos maestros “-alterum non lædere-” (41); receptada, luego, en el art. 1109 del proscrito Código velezano y consolidada — incluso— por el texto que integra el art. 1716 del bisoño cuerpo normativo unificado al regularse que “...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código...” se podría afirmar que, por el solo hecho de contraer matrimonio o de integrar una unión convivencial, de ser hijo o de ser padre, nadie pierde o resigna sus derechos personalísimos como resultarían ser —entre otros— la preservación de la salud, el honor o la intimidad. Incluso no podemos preterir ensamblar o adicionar a lo predicho y a fin de admitir su procedencia lo pautado por su gemelado art. 1737° del actual cuerpo legal al especificar o ponderar que “...Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva...”.- “Los cónyuges no son llevados al juicio como tales, sino en su condición de afrentado y de victimario; todo ello sin importar si medió - o no- una sentencia de disolución conyugal”.- —————
— — “Es más, se ha apontocado que la eliminación de las causales subjetivas del divorcio vincular no obsta a la reparación, en la medida en que se constituya una conducta antijurídica; de donde la misma posibilidad de lograr el resarcimiento del daño moral ocasionado por el adulterio es viable en el proyecto de reforma del Código Civil Unificado. No se hablará, entonces, de causales subjetivas de divorcio sino de afrentas a “... la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...” (art. 52 del novísimo cuerpo legal mencionado)” Los principios generales de la responsabilidad conducen a la misma conclusión. “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” y “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico...” (arts. 1717 y 1737 CCCN). Por otra parte, la indemnización del daño “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, (...) de “sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738 CCCN). Según María Eugenia Famá, “toda actuación por parte del cónyuge que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro origina el nacimiento de un derecho al resarcimiento por el daño causado, solución que ahora emerge expresamente de los arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial, en cuanto imponen el deber de aplicar e interpretar las leyes de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos. Se trata de supuestos en los que se produce una lesión a los valores garantizados por estos instrumentos, que no alcanzan a ser protegidos mediante el régimen especial de divorcio y que son garantizados a toda persona con independencia de su calidad de cónyuge. Hablamos de derechos preexistentes y autónomos que no nacen con el matrimonio pues son inherentes a los seres humanos, cualquiera fuera su estado civil, y que por ende justifican la penetración del derecho de daños en el ámbito del derecho de familia” (Los daños y perjuicios derivados del divorcio en el sistema incausado propuesto por el Código Civil y Comercial, AR/DOC/3179/2015).- — En definitiva, de conformidad a las opiniones precedentes, que comparto, y a los principios generales de la responsabilidad civil, entiendo que el daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respeta los principios en los que se basa el matrimonio debe repararse.- En nuestro caso hay sobrados elementos de juicio para tener por acreditada la infidelidad con el hecho que protagonizaron C y T a la salida de hotel alojamiento. Aunque dijo no haberse convencido

de que el hecho es un caso de adulterio o injurias graves, la propia jueza señala que “ambas partes reconocen el suceso del día 6 de junio de 2011, en que la actora se encontraba junto al Sr. N en su vehículo, la reacción de C, la respuesta de T, la asistencia médica al esposo...”.- En efecto, T admitió que en esa fecha protagonizaron un incidente con C y un tercero en el Barrio I, aunque T sostuvo que se produjo en inmediaciones de una casa hasta la que acompañó a N por razones comerciales y cuando estaban regresando hacia el centro de la ciudad. También admitió que antes del incidente recibió tres llamadas de su esposo y que no atendió la primera pero si la segunda. En ese momento se encontraba en cercanías “de esta casa que iban a ver” y le dijo a C “que le de unos minutos y que le lleva la camioneta”. A los pocos minutos, luego de la tercer llamada, C se les cruzó con su camioneta y se produjo el incidente. Los testigos L (fs. 240/244), M (fs. 245/246 v.) C (fs. 247/248), B (fs. 251/253), B (fs. 264/266) y M (fs. 313/316 y 319/321) lo confirman, por más que se hayan enterado por el propio C o las versiones de los diarios locales. Todo ello torna verosímil la versión de Y, según la cual T le dijo que su esposo “la había agarrado saliendo del Telo” y le pidió que no dijera nada (fs. 249/250 v). A todo ello se suman que el hecho fue motivo de comentarios en diarios y medios digitales. La violación del deber moral de fidelidad y las circunstancias por las que se hizo público el incidente ya referido, permite presumir que C sufrió un daño moral que debe ser razonablemente reparado. El menoscabo de las legítimas afecciones del reclamante queda en este caso fuera de toda duda. Por los motivos expuestos, creo innecesario abordar el análisis de la otra causa en la que C sustentó en la reconvención el reclamo de la reparación del daño moral (la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador y el padecimiento de secuelas psicológicas). De conformidad al análisis efectuado, corresponde: a) dejar sin efecto el divorcio por la causal objetiva y decretarlo en forma incausada, en los términos del art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), lo que implica revocar el punto I y II del fallo de fs. 524; y b) hacer lugar a la reconvención y condenar a T a pagar a C la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral, en consecuencia, debe revocarse el punto IV de fs. 524 vta. Vueltos los autos al juzgado de origen, debe examinarse la causa a la luz de las disposiciones vigentes y en su caso, previa vista a las partes, adecuarse los efectos del divorcio y resolverse las cuestiones que estuvieren pendientes de acuerdo a las normas del Libro II, Títulos I y II CCCN (ver al respecto la opinión de Kemelmajer de Carlucci, “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte”, p. 115; conf. CSJN, en autos “Terren c/Campili”, 29/03/16). Las costas de alza del divorcio deben imponerse por su orden y las correspondientes al daño moral aplicarse a T en ambas instancias. Los honorarios de primera instancia correspondientes al daño moral deben adecuarse a este pronunciamiento. Es mi voto El Dr. Rodolfo F. RODRÍGUEZ, sorteado para emitir el segundo voto, dijo: I) El colega preopinante ha realizado un pormenorizado relato de lo acontecido en autos, con lo cual no redundaré en tales descripciones so pena de ser reiterativo; por lo que me avocaré a la cuestión debatida en los recursos. Adelanto que coincido con el voto anterior respecto de la aplicación temporal de ley, es decir, del nuevo Código Civil y Comercial al presente caso. Simplemente agregaré que la sentencia de divorcio tiene carácter constitutivo ya que es en sí misma necesaria para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, por ello debe ser decretada aplicando la ley vigente al momento de su dictado; es aclarada esta cuestión en un artículo del doctrinario francés Paul RUBIER que es transcripto por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y dice así: “Si la ley nueva suprime una causa de divorcio admitida por la legislación precedente, esta causa no puede ser desde ahora invocada en

la justicia. En efecto el divorcio es una situación jurídica cuya constitución supone: a) un hecho al que se califica como causa del divorcio; b) una sentencia. En tanto esa sentencia no haya sido dictada se está ante la fase de una situación en curso de constitución sobre las cuales las leyes nuevas tienen efecto inmediato; en consecuencia, esas leyes pueden suprimir tal hecho de la lista de causas del divorcio, que no puede ser de allí en más tomado en consideración por el juez. Importa poco que una acción en justicia haya sido ya interpuesta sobre la base de esta causa que la nueva ley no reconoce, porque en tanto no haya acaecido una sentencia definitiva el divorcio no se ha producido...” y continúa ahora afirmando la doctrinaria Aída Kemelmajer que: “... nadie discute que toda sentencia constitutiva ha requerido un previo conocimiento, pero este no es el punto, la cuestión es saber si al momento de entrada en vigencia del CCyC la situación (estado de familia) estaba en formación, *in fieri*, o por el contrario estaba agotada (...) la de divorcio es constitutiva, porque esa sentencia es, en sí misma, el título de estado de familia que emplaza a los cónyuges en estado de divorciados a partir del momento en que pasa en autoridad de cosa juzgada...” (TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T° V-A, pág. 325/326, Rubinzal Culzoni, Ed. 2.016). El artículo es clarísimo y me exime de mayores comentarios, pero he de agregar que en el caso que nos ocupa si bien se ha dictado sentencia de divorcio en Primera Instancia, la misma no pasó en autoridad de cosa juzgada habida cuenta de no estar firme, por ello debe aplicarse la nueva ley; además lo debatido en este pleito, entre otros temas, son las causales de disolución del vínculo, las cuales son una consecuencia del divorcio, por ello están alcanzadas por la nueva normativa: “La declaración de culpabilidad o inocencia es una consecuencia del divorcio y, como tal, está alcanzada por la nueva ley (art. 7°); por eso, si el ordenamiento vigente al momento de la sentencia no recepta la calificación, la sentencia tampoco puede acogerla” (TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T° V-A, pág. 329, Rubinzal Culzoni, Ed. 2.016). Por todo lo expuesto coincido con el colega preopinante en cuanto a que la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial torna inoficioso tratar los agravios referidos a las causales invocadas para decretar una supuesta culpabilidad o inocencia en éste trámite, por lo cual cabe decretar el divorcio sobre la nueva normativa sin expedirse sobre causal alguna. La jurisprudencia también se ha expedido al respecto: “Tratándose de un juicio de divorcio, mientras no exista sentencia firme la situación jurídica no se encuentra agotada, por lo que la nueva ley rige en forma inmediata, aún cuando algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior, por lo que ante la eliminación del divorcio contencioso por el ordenamiento jurídico vigente el juez deberá decretarlo, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad” (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo civil y comercial • L. c. G. s/ ordinario divorcio • 05/10/2015 • DFyP 2016 (febrero), 105 • LLLitoral 2016 (febrero), 84 • LA LEY 23/02/2016, 10 • LLLitoral 2016 (abril), 5 con nota de Francisco C. Cecchini • AR/JUR/34520/2015). II) En este pleito también se ha solicitado por parte del reconviniente C una indemnización de daño moral por los siguientes motivos: 1) la violación del deber de fidelidad, la destrucción de la confianza y por la publicidad del hecho y su repercusión en los diarios y portales locales; 2) la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador, por lo que quedó la secuela de “*strees post traumático*” con pronóstico “reservado” según informe del médico psiquiatra C; 3) las injurias graves causadas por el divorcio; 4) el abandono voluntario y malicioso: en lugar de “cuidar a su marido herido” ... “aprovechó para sacar” de su domicilio conyugal “toda su ropa y muebles” mientras él estaba internado. En este punto

la situación es distinta a lo ya relatado, habida cuenta que si bien no cabe tratar las causales para decretar un divorcio, es diferente en el caso del daño moral, y prueba de ello es que la doctrina se ha dividido en cuanto a la procedencia del daño moral en el divorcio, siendo el eje central de esa discusión la derogación del deber de fidelidad en el matrimonio, que la nueva normativa sólo lo ha legislado como un “deber moral”. Prueba de lo dicho es la tajante división doctrinaria ocurrida en las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca tras la reciente aprobación del nuevo texto legal, en octubre de 2.015, en la cual se destacaron predominantemente dos posturas antagónicas en cuanto a la interpretación de la procedencia del daño moral en el divorcio, así una posición sostiene: a) En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737). (ARIANNA, PICASSO, PARELLADA, PELLEGRINI, LOUGE EMILIOSI, CAMELO, SAENZ, LOYARTE, CHECHILLE, LLOVERAS, CECCHINO, GAGLIARDI MARCELLINO, SCHIRO, IGLESIAS, MARTÍNEZ, DE LA TORRE, MOLINA, HERRERA, PERACCA, BERTERO, DUPRAT, NOTRICA, CURTI, Y ARRUIZ); la segunda postura argumenta: b) Con fundamento en el principio *alterum non laedere* (art. 19 de la CN) y lo establecido en los arts. 1, 2 y 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, la violación del deber de fidelidad, no obstante su carácter moral (art. 431), configura un obrar antijurídico (art. 1717) y un daño resarcible en los términos del art. 1737 del código citado. (HAYES; Jorge MAZHINGHI; Gabriel MAZZINGHI; GONZALEZ, PANDIELA; ABREUT; Nelson COSSARI y Leandro COSSARI). Una vez sintetizado el posicionamiento doctrinario, mi postura al respecto se relaciona directamente en el análisis del daño moral a luz de todas las normas que impregnan la responsabilidad civil por daños en el nuevo ordenamiento en su conjunción con el plexo constitucional, acercándome más a la segunda de las dos posiciones doctrinarias enunciadas en el considerando anterior. Por ello es que puntualizaré la discusión sobre el elemento “antijuridicidad” a la luz de la nueva doctrina imperante en la materia; siendo que estas posiciones doctrinarias son antagónicas y cada una tiene fuertes y válidos fundamentos que sustentan su criterio. Lo primero que debe observarse es el art. 1.717 del CCyC que dice lo siguiente: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.” A contrario de lo dicho por el antiguo art. 1.066 del derogado Código Civil de Vélez, el cual exigía previamente una transgresión a la ley, a las ordenanzas o reglamentos, para configurar una violación al ordenamiento jurídico, diciéndolo de manera sintética y exegética, ya que la doctrina y la jurisprudencia habían morigerado esta interpretación en cuanto a que, por ejemplo, durante la vigencia del viejo ordenamiento podía generarse un daño de un obrar lícito que resultara injusto, y la víctima tenía derecho a una reparación; pero esta cuestión ya fue zanjada con el nuevo texto legal. El nuevo precepto estipula que cualquier acción u omisión que genere un daño es antijurídica, salvo por supuesto, que esté justificada, por lo cual se protegen intereses que sean dignos de tutela jurídica, aunque en algunos casos no tengan cabida en las normas expresas. Es claro que el propio artículo 19 de la Constitución Nacional estipula que puedo actuar libremente en la medida que no dañe a terceros (*alterum non laedere*). El derecho comparado nos ilustra en referencia a qué intereses son pasibles de ser resarcidos, tal como es reflejado en este artículo doctrinario que cito: “Los modernos autores italianos, insistimos, no dudan en señalar que el daño sólo puede definirse —en sentido

jurídico— a partir de la lesión de intereses humanos. Asimismo, manifiestan que, como vimos, son pasibles de ser resarcidos tanto los intereses eficaces (aquellos subsumidos en la estructura interna de una situación jurídica específica reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico), como así también los intereses relevantes (aquellos que resultan ser dignos de tutela jurídica, sin ser sustrato de derechos subjetivos). Esta concepción que centra la protección jurídica en la lesión a un interés, según nuestro parecer, permite ampliar las fronteras del daño y es perfectamente compatible con el fenómeno de la atipicidad del acto ilícito civil, que impera en el actual Derecho de Daños.” (Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial; Calvo Costa, Carlos A. Publicado en: RCyS 2015-IV , 81). Esta concepción, a mi criterio, es receptada en el nuevo Código Civil y Comercial a través del art. 1.737, así un daño es injusto en la medida que se origine en la lesión de intereses que merecen tutela jurídica siempre y cuando sean relevantes, es decir, son aquellos valores que la sociedad recepta como merecedores de respeto y cuidado, siendo que efectivamente el art. 431 del CCyC tutela el deber moral de fidelidad. El art. 2 del CCyC permite interpretar este “deber moral” conforme a la finalidad de la ley, pero no referida a la puntual intención del legislador la cual ha de quedar en desuso con el paso del tiempo, sino cabe referirse en cambio a la razón que la justifica o el interés que se busca resguardar, debiendo perdurar en el tiempo, tal cual lo hicieron los principios constitucionales, el Dr. Ricardo LORENZETTI señala al respecto: “Se trata entonces de que el elemento a considerar no es solo el contexto de sanción de la norma, sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional” (CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, COMENTADO, Tº I, pág. 35; Ed. Rubinzal Culzoni año 2.014). Por ello el deber moral de fidelidad ha sido volcado en la norma jurídica, ya que si se interpretara que es una cuestión ajena al ordenamiento jurídico, evidentemente, no se hubiere introducido en un texto legal regulador de conductas. A mi criterio la finalidad de la norma es velar porque cada proyecto de vida de las personas o familiar se desarrolle sin que el Estado o los particulares lo perturbe, por lo cual en ciertas circunstancias, la infidelidad en el seno del matrimonio puede socavar ese proyecto de vida generando un daño (art. 1.738 de CCyC), la doctrina ha dicho: “El art. 1.737 del Código Civil y Comercial establece que hay daño “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”, y la fidelidad no es un interés reprobado por el derecho. Además, el art. 1738 del Código Civil y Comercial considera incluidas en la indemnización las consecuencias de “la interferencia en su proyecto de vida”, y es innegable que la víctima de la infidelidad tiene razones importantes para aducir que el otro cónyuge ha interferido en el proyecto de vida matrimonial ” (Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica; Ugarte, Luis A.; Publicado en: LA LEY 08/06/2015 , 1 • LA LEY 2015-C , 992 • DFyP 2015 (agosto), 3).- Entonces volviendo al tema de la antijuridicidad se advierte que en el contexto actual del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha querido proteger a la víctima de un daño injusto, y por ello se prioriza el principio constitucional consagrado en el art. 19 de la C.N. de no dañar, que alcanza sin que otra norma del plexo infraconstitucional obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, por lo cual este deber de no dañar no puede estar fuera del marco de la legislación de familia, la doctrina refrenda lo expuesto: “Así, el vínculo del Derecho de la responsabilidad civil con la Constitución Nacional se patentiza con la lectura del art. 19: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden ni la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de

los magistrados. El art. 19 de la Norma Fundamental reconoce el principio del *neminem laedere*; cada sujeto puede conducirse en la vida social del modo en que libremente elija con el límite de no perjudicar los derechos de terceros, ni ofender el orden ni la moral pública. Este tercero mencionado en el texto constitucional, para el Derecho de Daños, es, justamente, la posible víctima de un perjuicio. Aparece aquí como fundamento de la reparación del daño la violación del deber de no dañar, el *alterum non laedere*, al que en los últimos 25 años la Corte Suprema viene asignando jerarquía constitucional, al sostener que “el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental)” y, yendo más allá, que “el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”. En definitiva, existe un derecho constitucional a la reparación, autónomo como derecho natural de todo damnificado en absoluta concordancia con el art. 19 de la Constitución Nacional: “no dañar a otro”, que lo perfecciona con todas las características de un derecho humano fundamental de la persona. Las consecuencias de esta postura son numerosas, destacándose, en particular, que tratándose de un derecho reconocido por el propio constituyente, el legislador común podrá reglamentar ese derecho, pero no negarlo, ni alterarlo ni menoscabarlo.” (La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial; Leiva, Claudio Fabricio; Publicado en: LA LEY 18/11/2016, 1). Por tal motivo entiendo que al acreditarse el daño en el caso de autos, la antijuridicidad se produce por verse afectado un interés de tutela jurídica que debe ser indemnizado. En cuanto al comportamiento merecedor de sanción no está dado por el hecho del divorcio, sino por el obrar nocivo para el otro cónyuge, habiendo un factor subjetivo de responsabilidad, el cual debe ser claramente acreditado. Así lo expresa la doctrina: “Se debe tener en claro que en el resarcimiento por las consecuencias no patrimoniales del daño, no es un principio general que deba darse en todo caso de divorcio o ruptura de la convivencia, por el contrario, es la excepción. A modo de ejemplo el desamor puede ser el motivo de la separación y no por ello puede generar daños de índole resarcible. Tratándose del rubro indemnizatorio el comportamiento merecedor de una sanción por el concepto referido, no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la convivencia, sino por el obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron y el caso concreto. Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento el factor de atribución en juego es el subjetivo: culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.” (El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial; Jalil, Julián Emil; Publicado en: RCyS 2016-III , 15). Examinaré si el presupuesto de la infidelidad se encuentra acreditado en autos. El colega preopinante ha realizado en el marco de su autonomía jurisdiccional un análisis de pruebas colectadas que consideró relevantes, por lo cual agregaré, a mi criterio, otras probanzas que también entiendo pertinentes a estos efectos. En ese sentido es importante resaltar la sentencia decretada en el expediente penal instruido contra el reconviniente por amenazas, del cual resultara absuelto, conforme obra a fs. 542/557. Allí el juez de audiencia del juicio, analiza el hecho ocurrido el día 6 de junio de 2.011, y ese magistrado pone en dudas el relato formulado por la Sra. T, el cual es coincidente con el expuesto en su demanda en esta sede civil,

puntualmente el juez penal hace referencia a que no pudo brindar dato alguno sobre su versión de los hechos, por ejemplo, en cuanto a la identificación de la casa del Barrio I que supuestamente iba a decorar, ni brindó precisiones sobre el solar cercano al supermercado “Chango-Más”, como así tampoco dio certezas sobre dónde se encontraba el tractorcito para cortar el pasto, ni sobre los datos para identificar al vendedor del mismo. El magistrado penal hace referencia a las cartas, que también obran en estos autos, sobre el reconocimiento de ciertos hechos de infidelidad, donde reitera pedidos de perdón a su ex cónyuge; se resaltó también en esa sentencia que la reconvenida no tiene una secuela de maltrato psicológico. Todas estas afirmaciones efectuadas en esta sentencia penal -que se encuentra firme- hacen que se desmerezca el relato de la Sra. T en cuanto al hecho acontecido generador del supuesto daño y, en contrario, se robustezca la versión de los hechos relatada por C. A ello cabrá agregarle los dichos de los testigos que depusieron en esta causa civil que dan cuenta del episodio de infidelidad, tales como L (fs. 240/244), M (fs. 245/246 v.) C (fs. 247/248), T (fs. 249/250), B (fs. 251/253), B (fs. 264/266) y M (fs. 313/316 y 319/321); todos son coincidentes con el relato de C, y a pesar que no hayan participado de manera presencial en el acontecimiento, sus dichos son corroborados por otras pruebas, tales como la sentencia dictada en sede penal recientemente analizada y demás pruebas que examinaré a continuación. La repercusión en los medios periodísticos que reproducen los dichos de determinadas fuentes que dan cuenta de la existencia de ese episodio; otra prueba relevante es el informe psicológico de la licenciada D que a fs. 444 dictamina que “... las reacciones impulsivas que ha manifestado el Sr. C son atribuibles a una respuesta sintomática a hechos de su biografía (puntualmente el Sr. C relata en las entrevistas libres haber encontrado a su esposa acompañada de una persona de sexo masculino a la salida de un hotel alojamiento). Por lo tanto cabe encuadrar tales reacciones como síntomas de neurosis traumática...”. Por lo cual sobre la base del análisis probatorio del voto precedente, más la prueba examinada aquí se revela que la infidelidad, ha ocurrido. Ahora, queda por verificar el daño que dice haber padecido el reconviniente, expuesto a través de diferentes hechos puntuales. Expone como primer punto el daño moral que causó la infidelidad, pero aquí debo remarcar mi disidencia con el colega preopinante, porque considero que conforme a legislación actual el simple hecho de la infidelidad por sí sola no genera “in re ipsa” un daño moral, ni tampoco se lo presume, sino que, como dije anteriormente, el interés lesionado debe configurarse de manera relevante, para poder indemnizar, por lo cual, el daño debe verificarse a través de las pruebas producidas. Y así observo, entre ellas, el informe psicológico de fs. 411/422 y sus explicativas de fs. 440/446, mediante el cual se encuentra acreditado el daño concreto que la experta indica a fs. 413: “... Al momento del examen el cuadro clínico y sintomático cumple los criterios para el diagnóstico Trastorno Depresivo Mayor recidivante en remisión parcial, con síntomas melancólicos, con recuperación interepisódica clasificado en el DSMIV con el código F 33.4 (296.34)...” y a fs. 414/415 describe la perito puntualmente cada uno de los síntomas, tales como “estado de ánimo depresivo, pérdida de interés o de la capacidad para el placer”, especificando que “los síntomas provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo...”, lo que reafirma en las explicativas a fs. 445: “... de acuerdo al diagnóstico realizado (Trastorno Depresivo Mayor recidivante en remisión parcial, con síntomas melancólicos, con recuperación interepisódica) mi criterio profesional indica que tal cuadro clínico sintomático ha requerido y requiere hasta la actualidad de tratamiento psicofarmacológico”. También el informe del médico Psiquiatra del Dr. C a fs. 160/163

ha indicado que: "... se trata de una persona lúcida con discurso coherente, que es afectado por su enfermedad en su estado de ánimo y esto en los últimos días se profundizó tanto que, protagonizó un grave intento de suicidio, pudiendo ser rescatado casi milagrosamente por su familia...". Es evidente que el hecho de la infidelidad de su esposa ha ocasionado en C. un menoscabo merecedor de daño moral, ya que se afectó un interés relevante para el ordenamiento jurídico, tal como lo indica el art. 1.738 del C.C. y C. En cuanto a las repercusiones en el medio periodístico es una prueba más de la aflicción ocasionada, siendo inclusive una consecuencia que expandió más el daño. En lo referido a los dos supuestos invocados en la demanda a fs. 56/56 vta. puntos b) "intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador" y el d) supuesto del "abandono malicioso", considero que estos daños no se encuentran debidamente acreditados. En referencia al primero no consta una sola prueba que indique que la Sra. T intentara instigar para atentar contra la vida de C, ya que conforme al relato de los testigos el día del hecho fue un momento de excesiva confusión, en el cual si bien hubo un acto de infidelidad, para mí acreditado, todo lo demás se genera a raíz de ese hecho puntual, pero no pudo acreditarse un intento de instigación dolosa de la reconvenida. En cuanto al abandono que dice haber experimentado C, cabe tomarlo en el contexto de los acontecimientos, y en este punto el testigo L, que depuso a fs. 240/244, aclara la cuestión al responder a la DÉCIMA PRIMERA PREGUNTA a fs. 243 vta: "... Sí, bastante se acuerda, la Sra. T quería entrar a verlo, estaba, no sabe el declarante como decirlo, arrepentida, dolida podría decir, casi desesperada, lo lógico después de haber pasado una situación de semejante estrés. Ella quería entrar a verlo, el declarante se lo pregunto a C y este no lo aceptó. En esa oportunidad el declarante le dijo a G que no era prudente, ya que les había llevado muchas horas calmarlo, y la presencia de ella habría sido una regresión...", por lo tanto entiendo que estos presuntos hechos dañosos no se han acreditado debidamente por el reconviniente. Tampoco merece tratamiento el punto enunciado en la demanda como c) "daño moral por injurias graves", ya que las injurias no fueron examinadas en virtud del cambio de legislación explicado en el primer considerando de este voto. Por lo tanto encuentro acreditado el daño moral sufrido por C, a raíz del episodio de infidelidad padecido el día 6 de junio de 2.011 que truncó su proyecto de vida familiar, y que a su vez generó un atentado contra su honra, "... se alude la sentimiento o conciencia que cada persona tiene de su propia dignidad, es decir, se vincula con la estima que la persona tiene de sí misma..." (Ignacio E. ALTERINI, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, COMENTADO, TRATADO EXEGÉTICO Tº I, pág. 538; "2da. Ed. actualizada, año 2.016), entendida en la faceta subjetiva del derecho al honor que aquí se ha visto conculcado con el actuar de la reconvenida. Ello ha sido acreditado a través de la pericia psicológica como así también por la repercusión en los medios periodísticos del citado episodio, acreditados a fs. 33/39.-

— — Es manifiesto que el Sr. C ha experimentado un daño a raíz del episodio ocurrido de el día 6 de junio de 2.011, es decir, que se si bien el art. 431 del C.C. y C., como dije anteriormente, decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, ha captado un interés relevante, ya que no hay duda que este interés se despliega en el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral que son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son dignos de amparo legal y merecen ser resarcidos. En este artículo doctrinario se centran estos conceptos para una mejor comprensión de lo expuesto y por ello me permito transcribir algunos de sus párrafos: "El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen

justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por este último, siempre que no contraríen el orden público. La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto. Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Tomo IV. Ed. Hammurabi. Pag. 124. Y que dudas quedan en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral son derechos tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos. El interés existe, y la fidelidad, el buen trato, la estabilidad familiar, la vida en común sana y moderada, siguen siendo valores dignos y respetados por toda la sociedad aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, cabida en las normas un deber jurídico preestablecido. El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica deberá ser indemnizado...” (El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial; Jalil, Julián Emil, publicado en: RCyS 2016-III, 15). Sin perjuicio de lo dicho también y en cierta medida la antijuridicidad encuentra sustento en lo estipulado por el art. 52 del CCyC, ya que C se vio menoscabado en su intimidad familiar, como así también en su reputación, siempre con una mirada desde la faz subjetiva, por lo cual sobre la base de esta norma legal el reclamo resarcitorio también encuentra sustento. Que evidentemente se han reunido en el presente caso los elementos de la responsabilidad civil, el primero de ellos y el componente más trascendente es el daño, el cual efectivamente ha sido acreditado por cierto, tal como lo he analizado anteriormente; el segundo que también ha sido abundantemente tratado y es la antijuridicidad; el tercero es el factor subjetivo de responsabilidad atribuido a la reconvenida y por ende el cuarto que es la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Por lo que ahora queda por determinar la cuantía del daño extrapatrimonial reclamado en la reconvenición, que C deja a criterio del juez sentenciante. Para fijar la cuantificación debo observar las pruebas producidas en autos en referencia con el hecho dañoso, así la doctrinaria Matilde Zavala de Gonzalez nos ilustra sobre el particular: “... los juristas debemos enfrentar el problema resarcitorio del daño moral con la misma serenidad y entereza que se reclama de un médico cuando sólo puede aliviar y no curar. El alivio indemnizatorio, entregando un bien pecuniario a quien sufrió un mal espiritual, es la única reacción factible cuando no se puede devolver el brazo al incapacitado, ni retornar los muertos a la vida. Con “algo” (una suma de dinero) hay que compensar a quienes sufren un mal espiritual por haber sido lesionados injustamente. Del hecho que no pueda concederse una reparación exacta, no cabe concluir en que no deba concederse ninguna,

pero tampoco que pueda otorgarse cualquiera ... la entidad objetiva y subjetiva de la lesión espiritual es la pauta cualitativa tradicional invocada para mensurar la indemnización. Por ejemplo, hay injurias más desmerecedoras que otras, y su gravedad se acentúa si han sido difundidas públicamente; una misma afrenta al honor repercute diversamente cuando se infiere a una persona ya desprestigiada, que si se trata de otra de merecimientos y calidades reconocidas...” (Cuánto por daño moral; Zavala de González, Matilde M.; Publicado en: LA LEY 1998-E , 1057 • LLP 1999, 1068 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 153 • RCyS 2015-XI, 211). Por ello en el examen de las pruebas debo decir que el matrimonio data desde el 14 de Febrero de 1.986, es decir, 25 años de matrimonio habiendo formado una familia con sus hijos, pero también cabe apreciar en este contexto, que si bien el matrimonio transcurrió en armonía durante la mayor parte de los 25 años, los informes psiquiátricos dan cuenta de un deterioro en la relación, así surge del informe de la Dra. M a fs. 165/166 que asevera que en el último tiempo el matrimonio estaba “... atravesando momentos de extrema angustia, ansiedad, preocupación y sentimientos de temor e inseguridad en la relación conyugal...” (fs. 265), también el informe del Dr. C dice que “... los hechos acaecidos en los últimos días, fueron causados por su extremo malestar de ánimos, el cual está claramente vinculado a un contexto dinámico Neurótico, no resuelto, de larga data...” (fs. 161). Por supuesto que estas aserciones no ameritan que el matrimonio concluyera en una infidelidad, ya que podrían haberse arbitrado otras soluciones sin llegar a ese extremo dañoso, como ya he examinado. Pero lo cierto es que al tener que dictaminar sobre la cuantía del daño moral, estos hechos inciden en su configuración, ya que no es lo mismo un matrimonio que lucía sin problemas de ninguna naturaleza, salvo los normales, y de repente surge una infidelidad, que un matrimonio desgastado en el cual culmina con el hecho dañoso de la infidelidad, la que no está justificada por cierto. Pero por otra parte, también es real que el hecho dañoso, en este caso, fue traumático a punto tal que el reconviniendo estuvo a punto de suicidarse. Además de ello la repercusión de los medios de comunicación del hecho impactó negativamente en un profesional conocido en la ciudad, como es C, habiendo generado un menoscabo importante en su persona, atendible a la hora de cuantificar el daño. Así es que debo sopesar todos estos elementos a la hora de cuantificar la condena, por ello atendiendo a estas ponderaciones para llegar a una indemnización plena, estimo el daño moral en este caso en la suma de \$ 40.000,00 calculados al momento del hecho dañoso (06/06/2.011), con más intereses a la tasa mix de uso judicial.- Por último en referencia a las costas coincido con el colega preopinante en que las costas emergentes del divorcio se deben imponer en el orden causado, y las generadas por el reclamo de daño moral se impondrán a la actora reconvenida en ambas instancias. Este es mi voto.- — Ante las disidencias que anteceden y conforme a lo establecido por el art. 51 L.O.P.J. y Acuerdo N° 25, se pasan las actuaciones al Dr. Roberto M. IBÁÑEZ, quien dijo:- — — — — — Ante las disidencias existentes entre los dos primeros votos, me corresponde dirimirlos o resolverlos. Ello limita el análisis, pues en realidad no tengo otra posibilidad que adherir a alguna de las dos posturas.- — — — — En el presente, en virtud de las circunstancias que rodean el caso, en lo que es materia de disidencia adhiero al voto del Dr. Rodolfo Fabián Rodríguez En consecuencia, la CÁMARA DE APELACIONES: RESUELVE: I.- Dejar sin efecto los puntos I y II del fallo de fs. 524/525 y decretar el divorcio en forma incausada en los términos del art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación. II.- Rechazar el recurso articulado por la actora a fs. 531 y hacer lugar parcialmente al interpuesto por el demandado reconviniendo a fs. 530 y, en consecuencia, revocar el punto

IV del fallo de fs. 524 vta. y condenar a T a pagar C, en el término de diez días, la suma de \$ 40.000,00 en concepto de daño moral, calculados al momento del hecho dañoso (06/06/2011), con más intereses a la tasa mix de uso judicial en esta circunscripción.- III.- Imponer las costas de la siguiente manera: a) las referidas al daño moral, a la actora en ambas instancias; b) las correspondientes al divorcio, por la actuación en segunda instancia, por su orden. IV.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios por el reclamo del daño moral establecida en el punto V del fallo de fs. 524vta., que se fijan para los Dres. G y E, en forma conjunta, en el 21% y para las Dras. A y G, en forma conjunta, en el 12%, en ambos casos sobre el monto de condena establecido en el punto II de este fallo (capital más intereses), más el IVA si correspondiere. V.- Regular los honorarios de alzada de la siguiente manera: a) respecto de la actuación por la demanda de divorcio para los Dres. G y E, en forma conjunta, en el 30% de los fijados en el punto V del fallo de fs. 524vta. y para el Dr. M en el 30% de los regulados a las patrocinantes de la actora para la primera instancia en el mismo punto; y b) respecto de lo reclamado por daño moral para los Dres. G y E, en forma conjunta, en el 30% de los fijados en el punto IV de este fallo y para el Dr. M en el 5,04% de los establecidos en el mismo punto para las patrocinantes de la actora (capital más intereses), más el IVA si correspondiere. VI.- Disponer que vueltos los autos al juzgado de origen, y en su caso, previa vista a las partes, se resuelvan las cuestiones que pudieren estar pendientes referidas a los efectos del divorcio de conformidad a las normas vigentes.- Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.- – Fdo.: Horacio A. COSTANTINO – Dr. Rodolfo F. RODRÍGUEZ – Dr. Roberto M. IBAÑEZ Dra. Sonia Edith FONTANILLO Secretaria de Cámara Civil

Lomas de Zamora, Octubre de 2020

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.
Dr. Marcos Córdoba.

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Usted que el alumno Ferreyra, Hernán (DNI: 27.689.509) de la localización Lomas de Zamora, ha confeccionado bajo mi supervisión el Trabajo Final de la Carrera de Abogacía, que lleva el título: “Daños y perjuicios en el derecho de familia derivados del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

Lo saludo Atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Alberto Esteban Gojchelerint', is written over a long, thin, diagonal line that spans across the signature and extends towards the bottom left of the page.

Dr. Alberto Esteban Gojchelerint

Tutor aceptante.