



## Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad

Andrés Gil Domínguez

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El control de constitucionalidad externo e interno a la luz de los artículos 27 y 75 inc. 22 de la Constitución argentina.— III. El fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”: un retroceso infundado del control de convencionalidad.— IV. Conclusiones.

➔ El caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” rompe sin fundamento alguno con la lógica de los precedentes, implica un retroceso en materia de derechos humanos, desconoce la voluntad de la Convención Constituyente de 1994, construye un muro normativo y simbólico a los derechos humanos, pero, fundamentalmente, desmantela al *Estado constitucional y convencional de derecho*.

### I. Introducción

1. El control de convencionalidad consiste en un juicio de comprobación de la adecuación existente entre un Instrumento Internacional de Derechos Humanos (en adelante IIDH) y una determinada expresión normativa de un Estado. Cuando dicho examen lo realiza un órgano de aplicación e interpretación de los IIDH, una vez que una persona agotó los recursos de jurisdicción interna estatales, estamos ante el ejercicio del control de convencionalidad externo. Cuando la verificación de compatibilidad la realiza un juez o jueza interno ante un caso concreto tomando como referencia el texto de los IIDH y las interpretaciones dinámicas dispuestas por los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH, estamos frente al control de convencionalidad interno. El primero opera cuando un Estado ratifica un IIDH y reconoce la competencia de los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH en el marco regulado por el derecho internacional de los derechos humanos y teniendo como plañ normativo los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (1) El segundo se concreta cuando un Poder Constituyente originario o derivado, a través de alguna fórmula normativa de habilitación, “invita” a los IIDH a compartir la jerarquía constitucional de la Constitución configurando una regla de reconocimiento (2) ampliada como “techo del ordenamiento”. En este último supuesto se configura el paradigma o modelo de Esta-

do constitucional y convencional de derecho que parte de la premisa normativa de que la Constitución y los IIDH tienen *a priori* la misma jerarquía; y en el supuesto de colisión entre dichas fuentes, una prevalece sobre la otra solamente para el caso concreto sobre la base de ponderar el contexto e aplicación tomando como vector el principio *pro persona*.

Existe una relación sincrónica entre ambos controles. A mayor control de convencionalidad interno por parte de los jueces y juezas locales, menor control de convencionalidad externo. A mayor garantía interna de los derechos humanos, menor responsabilidad internacional de un Estado.

2. La legitimidad democrática del control de convencionalidad externo genera planteamientos sobre su alcance e intensidad.

Gargarella (3) sostiene que la legitimidad democrática del control de convencionalidad externo manifiesta un problema de *gradación democrática* que se vincula con el grado de inclusividad y debate público que haya rodeado a una norma al momento de su dictado. Para ello, distingue entre la *autoamnistía* dictada por el Proceso de Reorganización Nacional en nuestro país, la autoamnistía dictada por el régimen de Fujimori después de la masacre Barrios Altos en Perú, las leyes de Punto Final y Obediencia Debida sancionadas durante el gobierno democrático de Raúl Alfonsín y la Ley de Caducidad dictada en Uruguay y respaldada por dos procesos de consulta popular. Según la postura de Gargarella, a mayor legitimidad democrática de las normas dictadas, menor debe ser la intensidad del control de convencionalidad externo, que en el caso de la Ley de Caducidad uruguaya, implicaría la imposibilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de emitir fallos como los dictados en el caso “Gelman” I y II.

El problema argumental del planteo de Gargarella radica en que supone que las víctimas de los delitos de lesa humanidad tienen un valor intrínseco distinto como agentes morales. Esto implicaría que las víctimas de tortura y desaparición forzada durante la dictadura militar argentina “valdrían moralmente más o menos” dependiendo de quién intente

obturar los procesos de reparación y justicia, o bien que las víctimas de la dictadura uruguaya son menos relevantes como agentes morales que las víctimas de la masacre de Barrios Altos dependiendo esta diferenciación del debate público democrático. Lo expuesto propone un retorno elegante a un decisionismo matizado de deliberación inclusiva que plebiscita el dolor de las víctimas y se aleja del concepto de dignidad, a partir del cual la comunidad internacional construyó la idea de los derechos humanos basada en una igualitaria fuerza normativa y simbólica. Cuando la Corte IDH en el caso “Atala Riffo” tuvo que defender el derecho de Karen a no ser discriminada por su orientación sexual, desechó la defensa esgrimida por el Estado chileno, que argumentó que la limitación de los derechos de una mujer lesbiana respondía a la cultura mayoritaria de la sociedad chilena; al analizar dicho punto, la Corte IDH rechazó dicho argumento, aunque la postura de la sociedad chilena hubiera sido determinada mediante procedimientos democráticos inclusivos. Los derechos de Karen o de las víctimas de delitos de lesa humanidad se garantizan o se violan. El dolor que producen las violaciones a los derechos humanos no se pueden graduar ni aun bajo las más amplia concepción de la democracia deliberativa.

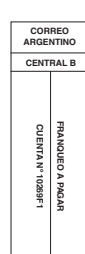
La legitimidad del control de convencionalidad externo radica justamente en su carácter contramayoritario basado en una argumentación de tutela progresiva *pro persona* de los derechos, y que como tal es reconocido por los Estados cuando ratifican un tratado mediante mecanismos de deliberación que son conscientes del carácter de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos. Y si en algún momento un Estado considera que el control de convencionalidad está fuera del cauce de la legitimidad democrática esperada, el mecanismo propicio es la denuncia y salida del sistema, pero nunca su erosión implícita. La legitimidad del control de convencionalidad interno surge de una Convención Constituyente que, como representante del Pueblo, habilita a los IIDH y a sus interpretaciones dinámicas, realizadas por los órganos de aplicación, a compartir el espacio normativo de la regla de reconocimiento de un Estado junto a la Constitución. (4)

### II. El control de constitucionalidad externo e interno a la luz de los artículos 27 y 75 inc. 22 de la Constitución argentina

3. La Constitución argentina de 1853-1860 estableció en el artículo 27 que los tratados que se celebraran con las potencias extranjeras debían respetar los principios de derecho público establecidos por la Constitución ¿Cuáles eran los tratados a los que se refiere el art. 27? Como afirma Mario Midón (5), la norma constitucional se refería a los tratados de paz y de comercio propios de la época: paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción de compraventa de mercancías. Junto al art. 27, los *convencionales constituyentes* en el art. 102 (actual 118) invitaron a una fuente externa “el derecho de gentes” y lo hicieron, tal como lo consignó Alberdi en el *Crimen de la Guerra*, respetando su lógica de funcionamiento y evolución, que justamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, se materializó a través de la consolidación del derecho convencional de los derechos humanos. Por lo tanto, desde 1853-1860 son parte de los principios de derecho público previstos por la Constitución los aportes realizados por el derecho de gentes transmutado por su propia evolución en el derecho internacional de los derechos humanos.

4. La reforma constitucional de 1994 mediante la incorporación del art. 75.22 párrafos segundo y tercero resolvió establecer como paradigma local el *Estado constitucional y convencional de derecho* expresado mediante una regla de reconocimiento semirrígida al otorgar a un conjunto de IIDH jerarquía constitucional originaria y derivada en las condiciones de su vigencia estática y dinámica. Esto es: conforme a la textualidad de los IIDH y a las condiciones de ratificación del Estado argentino, como así también, de acuerdo a las interpretaciones realizadas por los órganos de aplicación e interpretación de los mismos. De lo contrario, los convencionales constituyentes hubieran petrificado a los IIDH en la mera textualidad y éstos justamente se destacan por su evolución progresiva, la cual se refleja especialmente ante casos de particulares que demandan una tutela útil de los derechos humanos.

➔ CONTINÚA EN PÁGINA 2



### DOCTRINA

Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad

Andrés Gil Domínguez..... 1

### NOTA A FALLO

Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales

Marcos M. Córdoba ..... 4

Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad

Graciela Medina..... 4

### JURISPRUDENCIA

DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO. Infidelidad. Procedencia del daño moral. Divorcio incausado. Aplicación del Código Civil y Comercial. Proceso en curso sin sentencia firme. Aplicación temporal de la ley. Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio. Disidencia parcial (CCiv., Com., Lab. y Minería, General Pico) ..... 3

# Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad

● VIENE DE TAPA

¿Cómo armonizar entonces los artículos 27 y 75.22 en el marco de un Estado constitucional y convencional de derecho? Bidart Campos (6) expresó que una conexión interpretativa lógica que no desconecte la irradiación de ambas normas, supone que los IIDH que tienen jerarquía constitucional no se oponen y se conjugan configurando un nuevo principio de derecho público: *la parificación (o complementariedad) de la supremacía de la Constitución con la de un sector del derecho internacional de los derechos humanos*.

Oportunamente, la Convencional Constituyente Elisa Carrió (7) sostuvo al respecto:

*Si de esta exégesis del art. 27 resulta evidente que la jerarquía constitucional de los tratados que reconocen derechos humanos, en tanto enunciación y precisión de los derechos que surgen de los principios de libertad e igualdad y dignidad humana, no sólo no pueden jamás contrariar los principios del derecho público interno, sino que por el contrario tienden a reforzar dichos principios, por la enunciación de nuevos derechos que surgen de los citados principios... Otorgar jerarquía constitucional a tratados que por su contenido tienden a reforzar libertades y no a suprimirlas, no significa afirmar que los mismos estén exentos del control en relación a las pautas establecidas en el art. 27, sino que la norma constitucional estima que los tratados en derechos humanos, justamente en función de su especial contenido, refuerzan tales principios y merecen por esta misma razón que se les otorgue jerarquía constitucional... La afirmación, en el sentido que otorgarles igual jerarquía que la Constitución viola el principio de supremacía de la Constitución no resiste el menor análisis, porque justamente por el carácter supremo de ella, puede una norma de tal carácter equiparar a ella otras disposiciones de derecho interno. En efecto no es una ley u otra disposición de derecho interno la que establece la jerarquía constitucional de una norma, sino que es el propio poder constituyente, a través de una norma constitucional, quien eleva a su propia jerarquía a otras normas de derecho interno.*

Con la reforma constitucional de 1994 se entrelazaron los dos controles de convencionalidad. El externo como cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino. El interno por imperio del art. 75.22 plasmado en las obligaciones que titularizan los poderes constituidos de hacer efectivos los derechos humanos en los términos establecidos por la “jurisprudencia internacional” emergente de los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH.

## III. El fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”: un retroceso infundado del control de convencionalidad

5. En la causa “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” la Corte IDH condenó al Esta-

do argentino por haber violado la libertad de pensamiento y expresión de los actores que habían sido condenados por los daños y perjuicios ocasionados debido a varias publicaciones en donde hicieron referencia a una cuestión de interés público respecto de un funcionario público popularmente electo. Consecuentemente dispuso como medida de restitución del derecho violado que el Estado dejara sin efecto la sentencia civil condenatoria. (8)

Cabe recordar que tal como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos los fallos de la Corte IDH son definitivos e inapelables (art. 67), los Estados se comprometen a cumplir las sentencias de la Corte IDH en todo caso en que sean parte (art. 68.1) y la Corte IDH puede disponer la reparación de las consecuencias de la medida que configuró una vulneración de los derechos (art. 63.1). Dichas cláusulas no fueron objetadas por el Estado argentino cuando ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y dentro del doble juego del control de convencionalidad imponen una obligación internacional que debe ser cumplida (9) y forman parte de las condiciones de vigencia de los IIDH que tienen jerarquía constitucional originaria y derivada.

6. Ante la solicitud realizada por el Ministerio de Relaciones y Culto, en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (10) la mayoría (11) de la Corte Suprema de Justicia resolvió desestimar la presentación, en tanto, la minoría (12) dispuso dejar sin efectos la sentencia civil. La decisión jurisdiccional se encuadra en el cumplimiento (o incumplimiento) de una sentencia dictada por la Corte IDH en el marco del ejercicio del control de convencionalidad externo.

Los argumentos expuestos por la mayoría fueron los siguientes:

—Las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino son de cumplimiento obligatorio para éste, conforme lo establece el art. 68.1 de la CADH, siempre que sean dictadas dentro del marco de sus competencias remediales. La orden o medida de restitución dispuesta por la Corte IDH en cuanto establece dejar sin efecto la condena civil (lo cual debe entenderse como sinónimo de revocación) no fue dictada en el ámbito de su competencia convencional, por cuanto el sistema de protección interamericano de derechos humanos es subsidiario: la Corte IDH no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales; de ser así, se violarían los principios estructurantes del sistema interamericano y se excederían las obligaciones convencionales asumidas por el Estado argentino. La Corte IDH recurrió a un mecanismo reconstitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional (art. 63.1 CAHD) ni surge de los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención Americana. La Corte IDH debe “abrazar” el estándar del “margen de apreciación nacional” emergente de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (13)

—Cumplir la sentencia de la Corte IDH es contrario al art. 27 de la Constitución argentina, por cuanto se violaría uno de los principios

de derecho público al cual se deben someter los tratados internacionales y que se traducen en una “esfera de reserva soberana”. Entre dichos principios se encuentra el carácter de la Corte Suprema de Justicia como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (conforme lo establece el art. 108 de la Constitución argentina). Esta comprensión del art. 27 fue reafirmada por la reforma constitucional de 1994 cuando al otorgar jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos estableció que los IIDH no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución. (14)

—El “diálogo jurisprudencial” que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en el ámbito nacional e internacional reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH y a la Corte Suprema de Justicia como último intérprete de la Constitución Argentina implica que la reparación ordenada por la Corte IDH, en cuanto implica revocar formalmente la sentencia nacional, no es posible por imperio de lo dispuesto por los art. 27 y 75.22 de la Constitución argentina. (15)

7. El primer argumento que esbozó la mayoría de la Corte Suprema de Justicia fue sostener que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no había actuado dentro del marco de competencias establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia realizó una interpretación de los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos sin ser el órgano habilitado a tal efecto. Un Estado constitucional y convencional de derecho se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo y retroalimentación —donde se respeta la textualidad de cada fuente y la interpretación que cada órgano con competencia para ello realiza de aquéllas— entre la Constitución y la Convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho. Esto implica que cada fuente respeta la lógica de funcionamiento de la otra fuente sin poder realizar ninguna clase de injerencias rectificadoras de las interpretaciones realizadas. Por ejemplo, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el dictado de una sentencia o la emisión de una Opinión Consultiva realiza una interpretación de un artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ningún órgano de la fuente interna, puede desconocer o —mucho menos aún— reinterpretar lo expuesto por la Corte Interamericana. Cuando los convencionales constituyentes de 1994 resolvieron invitar a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos a compartir con la Constitución el techo del ordenamiento jurídico, lo hicieron a condición de respetar la lógica de validez, funcionamiento e interpretación de dicha fuente externa. Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia no tiene ninguna clase de habilitación convencional para interpretar los alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (16)

El argumento expuesto por la Corte Suprema de Justicia convierte al sistema de protección internacional en inoficioso, por cuanto permitiría a cualquiera de los poderes constituidos resolver cuándo cumple o no cumple con una sentencia condenatoria de la Corte IDH. Y esto sólo puede desandar dos

caminos: se denuncia un IIDH en los términos del 75.22, o bien se declara la nulidad del art. 75.22 —siguiendo la lógica expuesta en el caso “Fayt” (17)— por haber introducido la reforma constitucional de 1994 un tema no habilitado a tal efecto.

El art. 27 de la Constitución argentina nunca pudo haber previsto “un margen de apreciación nacional”, porque en dicha época este concepto no existía. Ahora bien, si la referencia es un intento de solapar en un concepto constitucional histórico un concepto proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto también es incorrecto. El margen de apreciación lo determina dicho Tribunal en los casos que resuelve, pero bajo ningún punto de vista dicha potestad está en cabeza de una Corte Suprema nacional, porque sería el fin del sistema de protección. El “margen de apreciación nacional” es un estándar que proviene del derecho convencional europeo que se opone al estándar de la fuerza normativa de la convencionalidad interpretada y aplicada que viene desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un buen ejemplo reciente de ello lo constituye el caso “Artavia Murillo II”, donde en el marco de un proceso de evaluación de cumplimiento de sentencia debido a los múltiples incumplimientos por parte del Estado de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió: a) La prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público; y b) que se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S que había sido declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia interamericana oportunamente dictada.

8. El segundo argumento colisiona frontalmente con la voluntad de los Constituyentes de 1994, especialmente en lo atinente a considerar al art. 27 como un muro que proteja o reserve la soberanía nacional.

En este sentido, el convencional Juan Pablo Cafiero sostuvo:

*El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional. El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos; y el Poder Judicial debe estar al servicio de un recurso ágil y rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional. (18)*

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Art. 26. “Pacta sunt servanda”: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La regla de reconocimiento constitucional”, Ediar, Buenos Aires, 2007.

(3) GARGARELLA, Roberto, “Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal”, Siglo Veinti-

tiuno Editores, Buenos Aires, 2016, p.96 y ss. y “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana?”, La Ley 25 de febrero de 2017. También ver ATRIA, Fernando, “La forma del derecho”, Marcial Pons, Madrid, 2016.

(4) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derechos, racionalidad y última palabra”, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p.164.

(5) MIDÓN, Mario, “El alzamiento de la Corte ante una sentencia de la CIDH”, en prensa.

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. I-A, p.472.

(7) Convención Constituyente, Diario de Sesiones, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p.3112.

(8) También dispuso que se publicara la sentencia y que se indemnizara a los peticionantes, lo cual fue cumplido por el Estado argentino.

(9) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, La Ley 8 de marzo de 2017.

(10) CS 368/1998 (34-M) / CS1, 14 de febrero de 2017.

(11) Integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz y el voto concurrente de Rosatti.

(12) Integrada por Maqueda.

(13) Mayoría consids. 6 a 15.

(14) Mayoría consids. 16 a 19.

(15) Concurrencia del Dr. Rosatti, consid. 8.

(16) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Corte Suprema y un inexplicable retroceso en materia de derechos humanos”, Blog *Under Constitucional*, 14 de febrero de 2017.

(17) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “De Fayt a Highton de Nolasco”, Blog *Under Constitucional*, 8 de febrero de 2017.

(18) Convención Constituyente, Diario de Sesiones, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, ps. 2831/2.

En tanto, el convencional Enrique De Vedia expresó:

*Que no se nos venga con conceptos trasnochados y chauvinistas de la soberanía, cuando el mundo entiende como lógico y razonable que vamos hacia una concepción global, casi hacia una concepción planetaria, donde la soberanía —que reside en el pueblo— es cedida de la misma manera que nosotros, los ciudadanos, cedemos parte de nuestros propios derechos para constituir la comunidad en la cual vivimos, para constituir los Estados. Algunos utilizan una concepción chauvinista, como temerosa del mundo, en lugar de facilitar una apertura hacia el exterior, como ocurre con otras naciones de la tierra. Europa, por ejemplo, buscó primero su integración económica y luego, con su unidad política, la posibilidad de servir adecuadamente a sus habitantes para poder gravitar mejor en el mundo. Estados Unidos es un pueblo continente, capaz de gravitar como gravita. (19)*

9. A partir de la reforma constitucional de 1994, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia elaboró tres tesis interpretativas sobre el alcance del art. 75.22 de la Constitución argentina, a saber:

—Tesis de la compatibilidad (casos “Monge” y “Chocobar”) que sostuvo que los convencionales constituyentes al dotar de jerarquía constitucional a los IIDH realizaron un juicio de verificación, a través del cual constataron que no existían antinomias normativas (años 1994-2004).

—Tesis de la prevalencia jerárquica apriorística de la Constitución sobre los IIDH que tienen jerarquía constitucional, la que se reflejó de manera minoritaria especialmente en los votos de Fayt, Belluscio y Vázquez en los casos “Petric Domagoj”, “Méndez Valle”, “Felliceti”, “Cantos”, “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”.

{ NOTAS }

(19) *Ibidem*, p.2878.

(20) Votos de Maqueda, Lorenzetti y Highton de Nolasco.

(21) DE ANTONI, Román, “¿Corte Suprema vs Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo ‘Fontevecchia’”, Blog *Palabras de Derecho*, consultado el 16 de marzo de 2017.

—Tesis de la apertura y desarrollo progresivo de los IIDH que tienen jerarquía constitucional (cuyo dos grandes impulsores fueron Lorenzetti y Highton de Nolasco), la que sostuvo como regla que la Constitución y los IIDH (junto a sus interpretaciones dinámicas) tienen *a priori* la misma jerarquía y que en caso de colisión se debe aplicar la fuente más favorable a los derechos de las personas (casos “Simón”, “Mazzeo”, “Videla”, “Rodríguez Pereyra”, “Acosta”, “Arillaga”, “Carranza Latrubesse”, “Faifman”) y como excepción que las sentencias de la Corte IDH condenatorias del Estado argentino siempre prevalecen sobre la Constitución argentina (casos “Espósito”, “Derecho II”, “Mohamed”). Esta tesis se desarrolló de manera mayoritaria desde el 2004 hasta el 14 de febrero de 2017. El último precedente fue “Mohamed”, en el cual mediante la Resolución 477/2015 la Corte Suprema de Justicia por unanimidad (20) resolvió cumplir con la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Mohamed vs. Argentina” y, consecuentemente, decidió suspender los efectos de la sentencia penal invocando el siguiente argumento: “VI. Que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda a la revisión de la sentencia en los términos del artículo 8.2.h de

(22) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (Directora), AA.VV., Ediar, Buenos Aires, 2008.

la Convención Americana de Derechos Humanos”. (21)

IV. Conclusiones

10. La reforma constitucional de 1994 instituyó como paradigma constitucional argentino el *Estado constitucional y convencional de derecho* que se sostiene sobre una combinación interpretativa de los arts. 27 y 75.22 que confluyen en una regla de reconocimiento constitucional y convencional. Desde 2004 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia construyó una práctica constitucional progresiva y racional del mencionado paradigma.

El caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” rompe sin fundamento alguno con la lógica de los precedentes, implica un retroceso en materia de derechos humanos, desconoce la voluntad de la Convención Constituyente de 1994, construye un muro normativo y simbólico a los derechos humanos, pero, fundamentalmente, desmantela al Estado constitucional y convencional de derecho.

El art. 75.22. primer párrafo dice que los Instrumentos Internacionales, en general, tienen una jerarquía superior a la leyes e inferior a la Constitución. El art. 75.22. segundo párrafo dice algo distinto. Es ilógico pensar que el Convencional Constituyente quiso establecer en ambos párrafos la misma jerarquía entre la Constitución y los Instrumentos Internacionales, por que hubieran redactado dos párrafos distintos para decir lo mismo. El argumento de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia implica la desaparición del art. 75.22. segundo y tercer párrafos como la regla de reconocimiento del Estado constitucional y convencional de derecho. El fallo impone una jerarquía apriorística dura, según la cual siempre la Constitución tendrá más jerarquía que los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional o sin ella.

El razonamiento expuesto por la mayoría implica el fin de la convencionalidad aplicada. Pensemos un caso que se proyecta en miles. Una persona es condenada penalmente por un delito y dicha sentencia es confirmada por la Corte Suprema de Justicia. Agotada la vía

interna, la persona accede a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desarrollado el proceso, dicho tribunal comprueba que la persona fue torturada, que le plantaron testigos falsos, que no existen pruebas en su contra, etc. En consecuencia dicta una sentencia contra el Estado argentino que dispone dejar sin efecto la condena penal impuesta y ordena la liberación de forma inmediata de la persona que está cumpliendo la sentencia en prisión. Según el fallo de la Corte Suprema de Justicia esa reparación de los derechos humanos sería imposible de cumplir, porque violaría el art. 27 de la Constitución argentina. Con este razonamiento: ¿qué juez o jueza se van a animar a aplicar casos referidos a Estados distintos al Estado argentino cuando deban dictar sentencia? Este razonamiento también implica el fin del principio *pro homine*, por cuanto nunca una interpretación proveniente de la convencionalidad va a ser aplicada si colisiona con la Constitución y su “reserva de soberanía”, aunque sea más favorable a la persona y al sistema de derechos.

El interrogante que subyace ante la situación expuesta por el fallo de la Corte Suprema de Justicia es el siguiente: ¿Precedente aislado o nueva época? Lo primero implicaría un breve lapsus regresivo como aconteció con el caso “Derecho I” (22). Lo segundo sería una muestra más de la anomia argentina. ●

Cita on line: AR/DOC/856/2017

MÁS INFORMACIÓN

Ábalos, María G., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, LALEY, 2017-B, 3.

Catalano, Mariana - Carnota, Walter F., “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas”, LALEY 28/03/2017, 3.

Manili, Pablo L., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo ‘Fontevecchia’”, LALEY 20/03/2017, 5.

Ibarlucea, Emilio A., “Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio”, LALEY 15/03/2017, 4.

NOTA A FALLO

**Daños derivados del divorcio**

**Infidelidad. Procedencia del daño moral. Divorcio incausado. Aplicación del Código Civil y Comercial. Proceso en curso sin sentencia firme. Aplicación temporal de la ley. Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio. Disidencia parcial.**

Véase en página 4, Notas a Fallo

**Hechos:** Una mujer promovió juicio de divorcio vincular contra su esposo por la causal de injurias graves. Éste contestó la demanda y pidió la reconvencción, solicitando se lo declarase por culpa de la actora por las causales de adulterio, tentativa contra su vida, injurias graves y abandono voluntario y malicioso; y solicitó la indemnización por el daño moral ocasionado. El juez rechazó las causas alegadas por ambas partes, decretó el divorcio vincular por la causal objetiva del art. 214 del Código Civil y rechazó la indemnización peticionada. Apelada la sentencia, la Cámara la revocó, decretó el divorcio incausado e hizo lugar a la indemnización por daño moral.

1.- El daño moral ocasionado por un cónyuge como consecuencia de su infidelidad acreditada en el proceso de divorcio debe repararse, dado que si bien el art. 431 del Código Civil y Comercial decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, también capta un interés relevante, ya que no hay duda de 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 deben ser resarcidos.

2.- Los temas referidos a la disolución del vínculo matrimonial se regulan según las disposiciones del Código Civil y Comercial y, como consecuencia, el divorcio solicitado por ambas partes debe reputarse incausado, dado que la sentencia tiene carácter constitutivo siendo en sí misma necesaria para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas y, por ello, debe ser decretada aplicando la ley vigente al momento de su dictado.

3.- El daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respetó los principios en los que se basa el matrimonio —en el caso, infidelidad debidamente acreditada— debe repararse, dado que si bien no configura actualmente un deber jurídico, la conducta cuestionada implica una afectación a la condición de persona del damnificado y sus derechos personalísimos, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en los términos del art. 1716 del Código Civil y Comercial y no por violación de un deber matrimonial.

4.- El daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respetó los principios en los que se basa el matrimonio —en el caso, infidelidad debidamente acreditada— debe repararse, dado que si bien no configura actualmente un deber jurídico, la conducta cuestionada implica una afectación a la condición de persona del damnificado y sus derechos personalísimos, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en los términos del art. 1716 del Código Civil y Comercial y no por violación de un deber matrimonial.

5.- El daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respetó los principios en los que se basa el matrimonio —en el caso, infidelidad debidamente acreditada— debe repararse, dado que si bien no configura actualmente un deber jurídico, la conducta cuestionada implica una afectación a la condición de persona del damnificado y sus derechos personalísimos, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en los términos del art. 1716 del Código Civil y Comercial y no por violación de un deber matrimonial.

**CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO**

**El hecho dañoso:**  
Menoscabo en la persona víctima de una infidelidad por parte de su cónyuge.

**Referencias de la víctima:**  
Sexo: Masculino.  
Estado civil: Casado.

**Componentes del daño:**  
Daño moral genérico: \$40.000

120.007 — CCiv., Com., Lab. y Minería, General Pico, 14/12/2016. - T. c. C. s/divorcio vincular.

[Cita on line: AR/JUR/83948/2016]

**COSTAS**

Las referidas al daño moral se imponen al vencido y las referidas al divorcio se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- General Pico, diciembre 14 de 2016.

El doctor Costantino dijo:

1. 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 de 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

## ● VIENE DE PÁGINA 3

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. 1º y 202, incs. 1º, 2º, 4º y 5º del Cód. 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. 2º del Cód. 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.

2. El demandado reconviniente sostiene que la jueza: a) falló *extra petita* 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.

3. 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”, ps.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, 29/03/2016, “T., M. M. D. y otros c. C., E. A. 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, 29/03/2016, “T., M. M. D. y otros c. C., E. A. s/divorcio).

El art. 7 del Cód. Civ. y Comercial, 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, 2015-E, 784, AR/DOC/3137/2015, con cita de Borda, Llamblas 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 estado en que se encuentre a las reglas que prevé el Código 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, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p.734; en el mismo sentido: Aída Kemelmajer de Carlucci, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, ps. 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 Código Civil y Comercial *tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme*” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p.136; la bastardilla es propia).

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 regu-

## Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales

Marcos M. Córdoba

**SUMARIO:** I. Síntesis del caso.— II. El derecho transitorio.— III. Resarcimiento de daños con causa en incumplimiento de deberes matrimoniales.— IV. Reparación.

### I. Síntesis del caso

En vigencia del Código Civil, un cónyuge promovió juicio de divorcio vincular contra el otro, por la causal de injurias graves. 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. En su presentación encuadró la conducta del demandado en lo previsto por el derogado art. 202, inc. 4 del Cód. Civil.

Su marido respondió la petición solicitando su rechazo y articulando reconvencción, exponiendo que su esposa era infiel. 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 arts. 214, inc. 1º y 202, incs. 1º, 2º, 4º y 5º del derogado Código Civil, y reclamó la reparación del daño moral.

La actora solicitó se rechace la reconvencción y que se haga lugar a su demanda.

La sentencia de la primera instancia, en su oportunidad procesal, desconoció las causales de divorcio denunciadas en la demanda, y en la reconvencción decretó el divorcio vincular por la causal contemplada por el art. 214, inc. 2º del Código Civil derogado sin culpa de las partes, decretando la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda y rechazando el reclamo por daño moral del reconviniente.

Apelaron ambas partes. El demandado reconviniente sostuvo que la jueza falló *extra petita*; criticó el régimen del derogado Código Civil sin hacer mérito de los respectivos intentos de acreditar las causales de divorcio; valoró erróneamente la prueba respecto de la atribución

● CONTINÚA EN PÁGINA 5

## Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad

Graciela Medina

**SUMARIO:** I. Introducción y objetivos.— II. Los hechos.— III. Fundamentos del deber de reparar el incumplimiento del deber de fidelidad.— IV. Jurisprudencia sobre el deber de fidelidad.— V. Conclusiones.

### I. Introducción y objetivos (\*)

La Sala 2da. de General Pico, La Pampa, ha dictado el primer fallo, después de la vigencia del Código Civil y Comercial, que condena a pagar daños y perjuicios por la violación del deber de fidelidad.

En el presente comentario nos proponemos hacer un análisis del precedente, comenzando por una descripción de los hechos para luego determinar si el cambio de legislación

● CONTINÚA EN PÁGINA 9

### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**

(\*) *Bibliografía especial:* ALTERINI, Ignacio E., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tratado Exegético”, Ed. La Ley, año 2016, 2da. ed. actualizada, t. I; CALVO COSTA, Carlos (Director), “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, t. II, Relaciones de familia; CÓRDOBA, Marcos M., “Daños y Familia”, AR/DOC/4438/2015, La Ley on line. FAMÁ, María Eugenia, “Los daños y perjuicios derivados del divorcio en el sistema incausado propuesto por el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/3179/2015; HERRERA, Mariana, en “Código Civil y Comercial Comentado”, Loren-

zetti (Director), Rubinzal Culzoni Editores, t. II; JALIL, Julián Emil, “El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en RCyS 2016-III, 15; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, p. 115; conf. CS, en autos “Terren c/Campili”, 29/03/16. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, “Tratado de derecho de familia”, Rubinzal Culzoni, ed. 2016; KRASNOW, Adriana N., “Tratado de Derecho de familiar”, Ed. La Ley, año 2015, t. II. LEIVA, Claudio Fabri-

lan en los arts. 435 y siguientes del Cód. Civ. y Com. (“T. M. c. C., E. s/divorcio”, CSJN).

4. 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 28/04/1992 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, ps. 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 “vencedor-vencido” (Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurí-

dicas existentes”, segunda parte, pág. 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.

5. Al suprimir las causales subjetivas y objetivas, el nuevo Código Civil y Comercial 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, Ed. La Ley, año 2015).

En virtud de lo expuesto, la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial 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 reconvenición solicitaron que se decrete el divorcio vincular (Cám. Nac. Apel. en lo Civil, Votantes: Molteni-Picasso, “S.E.S c. M.A.P. s/divorcio”, 05/11/2015, MJ-JU-M-96329-AR).

6. 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 reconviente, 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 Cód. 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, ps. 679 y sigte., 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 con-

CONTINÚA EN PÁGINA 6

## VIENE DE PÁGINA 4

de la culpabilidad y rechazó sin fundamentos el reclamo del daño moral.

De su lado la actora se agravó al decir que la jueza no consideró acreditadas las injurias que atribuyó al demandado y 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.

Coincidieron ambas en sus quejas en cuanto la sentenciante aludió a las reformas legislativas que en ese momento aún no estaban vigentes.

El expediente ingresó a la Alzada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC) que derogó las causales objetivas y subjetivas del divorcio, aspecto que constituyó el contenido de la totalidad de los agravios de ambos apelantes.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, con asiento en General Pico, Provincia de La Pampa, integrada por los jueces Horacio A. Costantino; Rodolfo

F. Rodríguez y Roberto M. Ibáñez resolvieron decretar el divorcio en forma incausada en los términos del art. 437 del Código Civil y Comercial y condenaron a la actora reconvenida al pago de un monto dinerario en concepto de daño moral.

## II. El derecho transitorio

### De los considerandos

Al exponer sus consideraciones el juez Horacio A. Costantino invocó a Moisset de Espanés, quien, en una antigua publicación, 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. Se sostiene que 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 a 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” (1). El juez Rodolfo F. Rodríguez, sorteado para emitir el segundo voto, dijo, sobre esta cuestión, que coincidió con el voto anterior respecto de la aplicación temporal de la ley, es decir, del Código Civil y Comercial al presente caso. Agregó que la sentencia de divorcio tiene carácter constitutivo, ya que es en sí misma necesaria para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas y por ello debe ser decretada aplicando la ley vigente al momento de su dictado.

### Comentario

Es útil entonces indagar algo más sobre el desarrollo que el jurista argentino nombrado dio a la cuestión de referencia. De eso resulta que Moisset de Espanés explica que “La relación procesal transforma sustancialmente la relación sustantiva inicial. Cuando se reclama ante los tribunales la aplicación de un derecho, se modifica la situación original y queda fijada una situación distinta, que debe ser juzgada de acuerdo a la ley vigente en el momento en que

se trabó la relación procesal (...). La modificación de la situación sustantiva originaria en situación procesal tiene importancia sustancial en el derecho de familia para el problema del divorcio, tema sobre el que se ha discutido mucho y que Roubier lo malentendió, porque con relación a una situación de divorcio sostuvo que: “Como el divorcio se establece por una sentencia constitutiva, los elementos que cambian la situación jurídica recién se integran cuando el juez dicta la sentencia. (...) En realidad, el juez cuando dicta la sentencia, aunque esa sentencia tenga carácter constitutivo, debe hacerlo con efecto retroactivo al momento en que se modificó la situación jurídica familiar por el reclamo donde se dice: ‘*Se ha quebrado y declárese el divorcio*’. (...) Es decir, la modificación de la situación tiene que ser juzgada por la ley vigente al momento en que se traba la *litis* y no al momento en que resuelve el juez. El juez en ese caso tiene que resolver sobre la situación jurídica modificada, no la situación de familia inicial, sino la situación de divorcio que se ha creado con la demanda”. (2)

No debe dejar de advertirse que diversa es la doctrina de la Corte Suprema a partir de la causa “D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo”, (3). En el caso se consideró que encontrándose la causa a estudio del Tribunal, entró en vigencia el Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26.994. La mencionada circunstancia sobreviniente ha tornado carente de significación actual el debate suscitado en el caso por estar referido a la validez de un precepto que al

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Irretroactividad de la ley y el nuevo art.3, Código Civil. Derecho Transitorio”, *Universidad Nacional de Córdoba*, Facultad de Derecho, Córdoba, 1976.

(2) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, Universidad de

Buenos Aires, 25 de abril de 2016.

(3) CS, “D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo”, del 06/08/15, LA LEY, 2015-E, 194.

CONTINÚA EN PÁGINA 6

## VIENE DE PÁGINA 5

tenido 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 antijuridicidad, 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 intencionales 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 produce 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, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2013).

Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, aunque celebran que el nuevo Código haya inclui-

do 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, ps. 203 y 204, Editorial LALEY, 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 aquéllas 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 *neminem laedere*" (Sambrizzi, Eduardo A., "Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial", LALEY 19/03/2015, I; LALEY, 2015-B, 746).

Naturalmente, la doctrina discute si la transgresión del deber moral de fidelidad matrimonial permite que el cónyuge víctima de la 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", LALEY, 2 de marzo de 2015, pág. 11).

Oswaldo O. Álvarez sostiene "que en una esfera tan delicada o sensible como lo es el ámbito familiar, la fidelidad —del latín 'fidelitas, ātis'— (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 agarra 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 quisiera 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".

## VIENE DE PÁGINA 5

momento no se encuentra vigente y cuyo contenido material ha sido redefinido —a partir de los nuevos paradigmas del derecho— por el novísimo Código Civil y Comercial. Por ello el Tribunal decidió que correspondía atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la *litis* se dicten durante el juicio. Doctrina jurisprudencial coincidente con la del fallo en comentario.

De lo expuesto resulta la controversia entre el fruto del proceso intelectual de la doctrina más elevada y el pronunciamiento del tribunal de mayor jerarquía de nuestro país, lo que debe motivar la atención futura de aquellos a quienes les corresponde la función de informar al legislador con el propósito de alertar respecto de algunas cuestiones de derecho que deben ser corregidas, a efectos de la producción de un derecho que provea elementos de certeza en cuanto a las consecuencias de los actos que en la oportunidad se deciden.

## III. Resarcimiento de daños con causa en incumplimiento de deberes matrimoniales

## De los considerandos

El juez Horacio A. Costantino, autor del primer voto de la sentencia en comentario, expone que la doctrina discute si la transgresión del deber moral de fidelidad matrimonial permite que el cónyuge víctima de la infidelidad reclame al responsable el resarcimiento del daño moral. Ilustra informando que Benjamín Moisés

se pronuncia a favor de la procedencia del resarcimiento del daño. Agrega que 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 *naeminem laedere*", y complementa lo sostenido con el pensamiento de Oswaldo O. Álvarez, quien afirma 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: "...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".

Así, al compartir estos argumentos y atendiendo a los principios generales de la responsabilidad civil, el juez entendió que el daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respeta los principios en los que se basa el matrimonio debe repararse.

La confección del segundo voto le correspondió al juez Rodolfo F. Rodríguez, quien advirtió 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*. Agregó su postura al respecto que 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. Por ello es que puntualizó la discusión sobre el elemento "antijuridicidad". Alerta el magistrado en cuanto a que el nuevo Código estipula que cualquier acción u omisión que genere un daño es antijurídica, salvo que esté justificada, por lo cual se protegen los intereses que sean dignos de tutela jurídica, aunque en algunos casos no tengan cabida en las normas expresas. Es claro que el propio art. 19 de la Constitución Nacional estipula que se puede actuar libremente en la medida que no se dañe a terceros (*alterum non laedere*). Aclara el juez Rodríguez en cuanto a que el 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.

## Comentario: Incumplimiento de los deberes conyugales y daño

Tiempo atrás sostuve que alguna doctrina ha expresado que reconoce el alto valor axiológico de los deberes conyugales, "pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas". A efectos de controlar la razonabilidad de la doctrina expuesta recurrí en primer lugar a la ley, para evitar con ello conclusiones *contra legem*, advirtiendo que el Código Civil y Comercial ordena que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, si no está justificada; y que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado (arts. 1716 y 1717, CCyC). El mismo cuerpo normativo impone deberes a los cónyuges en su art. 431 al establecer, bajo la denominación de "Asistencia", que "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".

Revisando el conjunto normativo del derecho positivo a efectos de interpretar "las palabras de la ley", armónicamente "conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente", verificamos la existencia de regulaciones de cuya expresión resulta cuándo es que la ley hace excepción, es decir cuándo la ley inhibe la aplicación de una norma. En este caso de aquellas que imponen el deber de no dañar y su consecuente reparación. Así es que, como ejemplo, el art. 401 del CCyC establece que *no hay acción para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura de la promesa de matrimonio*. Cláusula no prevista respecto del art. 431 del CCyC. Si la ley no crea excepción, habiendo podido hacerlo, no puede crearse por invocación interpretativa, pues interpretar no es hacer la norma, sino desentrañar su exacto significado aplicando las reglas que provee la ley misma.

Agregamos que el art. 1738 del CCyC expone que la indemnización "Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la *interferencia en su proyecto de vida*".

De lo expuesto se concluye que el régimen de responsabilidad civil resulta de aplicación a las relaciones de familia en todo aquello que no encuentre limitación en norma expresa en contrario. Ninguna duda cabe que al establecerse el divorcio incausado, los incumplimientos a los deberes conyugales no inciden en ello, aunque no es extensivo a las consecuencias de la responsabilidad civil, salvo en los casos previstos en la ley (4). Es de interés escuchar a Picasso: "En la responsabilidad extracontractual, donde la antijuridicidad se configura por la violación del deber general de no dañar, el factor de atribución no depende de la extensión

## NOTAS

(4) CÓRDOBA, Marcos M., "Daños y Familia", LALEY, 2016-A, 1159.

“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 laedere*—’ (41); rezeptada, 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 apuntocado 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. 1º y 2º 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 sí 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 reconvencción 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).

7. 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 Cód. 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 reconvencción 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 pen-

CONTINÚA EN PÁGINA 8

de lo debido...” (5), la doctrina judicial informa que “el daño consiste en la lesión a un interés simple, merecedor de tutela, que priva al sujeto de la facultad de su actuar lícito, es decir, no reprobado por el Derecho” (6). Enseña Galdós que “...no es exigible que el interés tenga categoría de derecho subjetivo, ya que ‘se protege al interés lícito, aunque no surja de norma legal o convencional, pero a condición de que sea un interés lícito, cierto y de magnitud o relevancia’. Se trata de los intereses ‘simples’ (por no gozar de un reconocimiento legal específico) siempre y cuando no sean en sí ilegítimos, ‘no estén repudiados por el Derecho’” (7). Siendo relevante lo que el mismo autor expone en relación con que “El denominado daño moral comprende todas las repercusiones no patrimoniales, ... los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y la interferencia de su proyecto de vida o plan existencial vital de la persona. Se trata, en definitiva, de las amplias derivaciones de la lesión de los derechos personalísimos o de la personalidad cuando se afecta la plenitud de la vida, su dignidad (se lo prevén los arts. 51, 52 y cons.) o la vida privada (art. 1770), la integridad corporal o incolumidad psicofísica, la intimidad, el honor, etc. La referencia del texto a las afecciones espirituales legítimas le confiere al daño moral un contenido amplio, abarcativo de todas las consecuencias no patrimoniales. En ese sentido ha descendido notoriamente el

‘piso’ o ‘umbral’ a partir del cual las angustias, molestias, inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etcétera, determinan el nacimiento del daño moral, acentuándose la protección de la persona humana. Incluso el eje ha girado desde el inicial ‘precio del dolor’ al actual ‘precio del consuelo’, llegándose también a sostener la existencia de ‘daños morales mínimos’ con base en la constitución de la tutela de la persona humana”. (8)

A efectos de comprender la motivación del legislador al imponer la antijuridicidad del daño, resulta útil recordar que el deber, considerado como género comprensivo de obligaciones, y por el contenido económico de estas últimas, consiste en un vínculo que sujeta a hacer o a abstenerse de hacer algo, previamente establecido por precepto de la ley o por acto voluntario. La obligación puede ubicarse dentro de la categoría de deberes jurídicos, conteniendo notas distintivas que la particularizan. El concepto jurídico de deber tiene categorías específicas que las distinguen entre sí. “El deber jurídico es un concepto genérico, que ha sido definido como la necesidad de ajustar una conducta a los mandatos contenidos en una norma jurídica” (9). Es característica distintiva de los deberes que no son obligaciones su amplio respeto a valores morales, sociales, y, en casos, religiosos. Cabe destacar que en la relación matrimonial, como especie del género que comprende a todas las de familia, es preci-

samente el contenido moral lo que tipifica las obligaciones y otros deberes que de ella resultan. Ello en virtud del comportamiento que la ley espera de los sujetos involucrados en esa relación. Lo dicho no excluye este ámbito respecto al deber de obrar probo; por el contrario, lo vigoriza. El vínculo familiar, ya sea matrimonial u otro, no constituye una vacuna contra la responsabilidad; por ello consideremos que cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica, si no está justificada (art. 1717, CCyC), siendo causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad, es decir, supuestos de excepción que permiten afectar intereses ajenos sin reproche legal, y en ello se enuncia a la legítima defensa y el estado de necesidad, siendo también invocada pero en otro ámbito jurídico la obediencia debida donde “el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos, engendra la obligación de reparar. Acción para el derecho no es cualquier comportamiento humano, ‘sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior’”. El hecho simplemente psíquico o interior escapa al control del derecho. La acción puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en *un hacer* o en un *no hacer* (10). Explica Mosset Iturraspe que la acción, presupuesto de la responsabilidad, puede asumir una forma negativa: la omisión o abstención antijurídica (11).

Díez Picazo define la “responsabilidad” como la *sujección de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.* (12)

Producida la violación del deber de no dañar a otro, la ley habilita, mediante el art. 1716 del CCyC, la reparación del daño causado, organizando la función resarcitoria con atención a los factores de atribución de responsabilidad que son los que califica y clasifica como *objetivos*, aquellos en que la culpa o el dolo resulta irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad; y los *subjetivos*, resultantes de la “culpa” y del dolo. La ley determina que la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, comprendiendo la imprudencia, la negligencia y la impericia. El dolo queda configurado por la producción de un daño causado intencionalmente o por indiferencia en intereses ajenos. Lo dicho debe complementarse con que la responsabilidad es objetiva cuando el sujeto debe obtener un resultado determinado.

Es responsable el sujeto sobre quien recae la obligación de prevenir o de resarcir esas secuelas, debiendo suministrar alguna respuesta jurídica con motivo del peligro o del daño para otros. (13)

CONTINÚA EN PÁGINA 8

## { NOTAS }

(5) PICASSO, Sebastián, “Comentario al art. 1716 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., t. VIII, p.354.

(6) SC Buenos Aires, “Pensa, Ana J. c. Tristan, Fernando J.”, del 19/02/02, Ac. 75.617, por mayoría, Abeledo-Perrot, N°14/79733.

(7) GALDÓS, Jorge M., “Comentario al art. 1737 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., t. VIII, p.476.

(8) GALDÓS, Jorge M., “Comentario al art. 1738 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, cit., p.485.

(9) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Compendio de Derecho de las Obligaciones”, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, 2da. edición, p.5.

(10) MOSSET ITURRASPE J., “Responsabilidad por daños”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979, t. I, ps.9-10.

(11) MOSSET ITURRASPE J., “Responsabilidad por daños”, cit., p.29.

(12) DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil”, Tecnos, Madrid, España, 1989, vol. II, p.591.

(13) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p.16.

## ● VIENE DE PÁGINA 7

dientes 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. Campi-lli”, 29/03/2016).

Las costas de Alzada 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 doctor *Rodríguez* 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 abocaré 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 Roubier que es transcrito por la doctora 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 pre-

vio conocimiento, pero éste no es el punto, la cuestión es saber si al momento de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial 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, Tº V-A, págs. 325/326, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016). 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. 7º); 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, Tº V-A, pág. 329, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016).

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, aun 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 - LA LEY Litoral 2016 (febrero), 84 - LA LEY, 23/02/2016, 10 - LA LEY Litoral 2016 (abril), 5, con nota de Francisco C. Cecchini - AR/JUR/34520/2015).

Sostiene Basset que según la doctrina se ha permitido que en los sistemas continentales se pase de una posición restrictiva sobre la admisibilidad de los daños y perjuicios en la familia a una posición amplia. Tal lo visto en las concepciones previas de la familia, como unión perdurable fundada en el matrimonio, no había teóricamente cabida posible para la exigencia de resarcir daños y perjuicios entre sus integrantes. (15)

Lucila Córdoba explica que este proceso tomó mayor vigor a partir de la vigencia de las normas del Derecho matrimonial que causaron una menor estabilidad de tales vínculos. Ello como consecuencia de la facilidad en la disolución del vínculo que provoca, en casos, que si la víctima de un daño que le ha causado su cónyuge no es reparada y éste decide unilateralmente la disolución del matrimonio, luego de cumplida la prescripción liberatoria queda

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 2015, 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 Cód. 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, Parellara, Pellegrini, Louge Emilios, Caramelo, 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 Cód. 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 Mazhinghi;

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, acercándose 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. 1717 del Cód. Civ. y Comercial 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. 1066 del derogado Cód. 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

## ● VIENE DE PÁGINA 7

## IV. Reparación

La obligación de resarcimiento es el objeto de la responsabilidad civil. Las funciones de la responsabilidad civil tradicionalmente han sido cuatro: la afirmación de la potestad del Estado, la sanción, la prevención y el resarcimiento. La función que hoy prevalente es la resarcitoria, la tutela de la víctima. El sistema de la responsabilidad, civil se funda sobre una regla muy amplia, una cláusula general de responsabilidad que en el Derecho italiano está contenida en el art. 2043 de su *Codice Civile*, según el cual cualquier acto doloso o culposo que provoca a otro un daño injusto obliga a quien ha cometido el acto a resarcirlo. (14)

en su patrimonio aquello que por derecho resultante del daño le corresponde a la víctima y de lo que no va a poder valerse para que su daño se repare mediante los tratamientos necesarios, o para que su capacidad productiva sea sustituida por las indemnizaciones; o para que sus afecciones íntimas resulten menguadas. (16)

Importante doctrina sostiene que estas muchas teorías convergen en que las familias se han fragilizado, sus integrantes se han enajenado o distanciado jurídicamente hablando y, como tal, la emergencia del derecho de daños y perjuicios por los daños ocasionados en las relaciones familiares parece plausible. La falta de condena social llama a la Justicia para restablecer un orden moral perdido. (17)

Los presupuestos básicos de la responsabilidad civil están dados por la acción, la antijuri-

dicidad, el daño, la relación causal y la presencia de un factor de atribución. (18)

Todo ello encuentra suficiente fundación en el derecho positivo tanto durante la vigencia del Código Civil, hoy derogado, como del Código Civil y Comercial vigente, ya que ambos contienen el principio que ordena *no dañar*, sin establecer excepción en la relación conyugal. La diferencia resulta de la mayor armonía existente en el diálogo de normas en el vigente respecto del derogado, ya que la modificación producida en el sistema de divorcio, tal la doctrina antes expuesta, causa mayor inestabilidad del vínculo matrimonial acrecentando la posibilidad de falta de reparación futura de daños. (19) ●

Cita on line: AR/DOC/860/2017

## { NOTAS }

(14) ALPA, Guido, “Manuale di Diritto Privato”, Cedam, Padova, 2007, quinta edizione, p.876.

(15) Ver BASSET, Úrsula C., “Responsabilidad endofamiliar; perspectivas y prospectivas”, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2013-I, ps.9-23.

(16) CÓRDOBA, Lucila, su conferencia en “Aspectos del

Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 9 de octubre de 2015.

(17) Ver BASSET, Úrsula C., “Responsabilidad endofamiliar: perspectivas y prospectivas”, cit.

(18) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General

de la Responsabilidad Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, 6ta. edición, p.21; BUERES, Alberto, “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1992, p.123. <http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-y-doctrina-codigo-civil-y-comercial-divorcio-danos-y-perjuicios>. CNCiv., sala H, “S., J. J. c. G., M. M. s/divorcio y daños

y perjuicios”, del 21/04/16, DFyP, 2016 (octubre), 48; cita La Ley online: AR/JUR/21481/2016.

(19) CÓRDOBA, Marcos M., “Daños y deberes matrimoniales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Derecho de Familia-II, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2016, ps.355/376.



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. 1737, 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 Cód. Civ. y Comercial tutela el deber moral de fidelidad. El art. 2 del Cód. Civ. y Comercial 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 sólo 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 2014). 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. 1738 de Cód. Civ. y Comercial), la doctrina ha dicho: “El art. 1737 del Cód. 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 Cód. 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 CN, 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 desdichoso 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 senten-

CONTINÚA EN PÁGINA 10

#### VIENE DE PÁGINA 4

en materia de divorcio permite que en el matrimonio los cónyuges puedan lesionarse y causarse daños entre sí sin responsabilidad alguna o si, por el contrario, el matrimonio no es un lugar donde se pueda injuriar y dañar gratuitamente.

Concretamente, nos proponemos estudiar si la violación al deber de fidelidad, cuando causa un gravísimo daño al otro cónyuge, puede quedar sin reparar con fundamento en que el divorcio en la Argentina es incausado y en él no se analizan ni las conductas culpables, ni las que no lo son. O si por el contrario, la falta de declaración de culpabilidad o inocencia en el proceso de divorcio, no puede constituir un bill de indemnidad para que en el matrimonio se dañe al otro mediante la falta al deber de fidelidad o la falta de asistencia moral, sin tener que reparar el daño causado.

El fallo que analizamos de la Sala 2da. de General Pico se inclinó por condenar a reparar los gravísimos daños que sufrió el marido por la pública infidelidad de su esposa. Adelantamos nuestra conformidad con el decisorio, porque consideramos que los efectos del divorcio —alimentos o pensión compensatoria— no reparan el daño moral sufrido y

pensamos que éste no puede quedar sin indemnizar por el solo hecho de ser causado en el matrimonio.

#### II. Los hechos

Una pareja casada en el año 1986, con 3 hijos, tenía problemas matrimoniales a causa de la infidelidad de la mujer.

La esposa le había sido infiel al marido en varias oportunidades y en reiteradas veces le pidió disculpas por su comportamiento contrario a los deberes matrimoniales, mediante cartas misivas que se agregaron en el expediente penal.

Finalmente, el 6 de junio del año 2011, el marido encontró a su mujer saliendo de un hotel alojamiento con otra persona de sexo masculino.

En tal oportunidad el marido y el amante protagonizaron un incidente, el esposo resultó herido y terminó en el hospital. Esta situación se hizo pública en los diarios locales y en los portales de Internet.

La violación del deber de fidelidad y la destrucción de la confianza le provocaron al cónyuge un estrés postraumático grave, que se profundizó tanto que lo llevó a un grave intento de suicidio.

Tras estos hechos, la mujer demandó al marido por injurias manifestando que éste le imputaba falsamente la calidad de infiel. Por su parte, el marido reconvino, por adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso.

En primera instancia se dictó sentencia de acuerdo al Código Civil derogado. Durante el proceso de apelación se puso en vigencia el nuevo Código, y el Tribunal de Alzada decretó el divorcio en los términos del artículo 437 del Código Civil y Comercial de la Nación e hizo lugar a la acción de daños y perjuicios, condenando a la mujer a pagar al marido la suma de \$40.000 con más los intereses calculados desde el año 2011.

#### III. Fundamentos del deber de reparar el incumplimiento del deber de fidelidad

La cuestión radica en determinar si corresponde reparar los daños producidos por el incumplimiento doloso de los deberes matrimoniales o si estos son daños irreparables por haberse producido entre obligados matrimoniales. Adelantamos nuestra opinión positiva a la obligación de reparar, por ello consideramos acertado el fallo y trataremos a continuación de dar nuestros fundamentos para justificar la reparación de los perjuicios ocasionados por el doloso incumplimiento de los deberes matrimoniales.

#### a) El derecho de familia como parte del derecho privado

Hay que partir de valorar que el legislador ha optado por mantener el Derecho de Familia dentro del Código Civil y Comercial argentino, siguiendo una tradición patria y apartándose de la manera de legislar de algunos países latinoamericanos como El Salvador, donde se dictan normas sobre el Derecho de Familia en un Código aparte.

En este aspecto es esclarecedor lo dicho por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien fue uno de los miembros de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial: “*la reforma, a diferencia de otros sistemas de la legislación latinoamericana, conservó el Derecho de Familia dentro del Código Civil; o sea, no sancionó un Código de Familia separado. Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas*” (1).

Que el Derecho de Familia se mantenga dentro del Código Civil y Comercial es trascendente para dar respuesta al interrogante

CONTINÚA EN PÁGINA 10

#### { NOTAS }

cio, “La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial”, Publicado en LALEY 18/11/2016, 1; LORENZETTI, Ricardo, “Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. II; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Irrretroactividad de la ley y el nuevo art. 3, Código Civil Derecho Transitorio”, Universidad Nacional de Córdoba, año 1976; MOLINA de JUAN, Mariel, art. citado, y DE LOS SANTOS, Mabel, “Principio de congruencia” en “Principios procesa-

les”, Jorge Peyrano (Director), Rubinzal Culzoni Editores, año 2011, t. I; “El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite”, LaLey 16/09/2015, AR/DOC/3137/2015, con cita de Borda, Llamblas y Kemelmajer de Carlucci. ROBBA, Mercedes - SASSO, Marcela Lorena en “Código Civil y Comercial Comentado”, Rivera, Julio César-Medina, Graciela (Directores), Editorial LaLey, año 2014, t. II; SOLARI, Néstor E., “Los Daños en las Relaciones de Familia” en Rev. de Derecho de daños

2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2013. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial”, LALEY, 2015-B, 746; “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, LaLey, 2 de marzo de 2015; UGARTE, Luis A., “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y com-

pensación económica, publicado en LALEY, 2015-C, 992, DFyP 2015 (agosto), 3; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde M., “Cuánto por daño moral”, publicado en LALEY, 1998-E, 1057; LLP 1999, 1068, *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales* t. III, 153; RCyS 2015-XI, 211; *Resarcimiento de daños*, Ed. Hammurabi, t. IV.

(1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída Rosa en “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014”, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 1, p.12.

## ● VIENE DE PÁGINA 9

cia 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 2011, 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. 1738 del Cód. Civ. y Comercial 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 *stress*. Ella quería entrar a verlo, el declarante se lo pregunto a C. y éste no lo aceptó. En esa oportunidad el declarante le dijo a G. que no era prudente, ya que les había

## ● VIENE DE PÁGINA 9

que motiva nuestro estudio, relativo a si se aplican las normas de la responsabilidad civil en las relaciones de familia.

Evidentemente que si el derecho de familia es parte del derecho civil y se regula en el Código Civil y Comercial, se nutre de sus principios generales y es a estos principios generales a los que hay que acudir cuando se deben interpretar las normas.

Como uno de los principios básicos del derecho civil es el responder por el daño injustamente sufrido con la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia, se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil.

Sobre el tema de la interpretación de las normas el Código Civil y Comercial establece en su artículo 2º que *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

De allí que para determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes, hay que estar a los principios generales del derecho y también a los principios que rigen las relaciones de familia y a los principios de la responsabilidad civil.

Dentro de los principios generales del derecho tenemos el principio de no dañar que obliga a no dañar a otro.

Por su parte los principios del derecho de familia son el principio de igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor. (2)

Mientras que los principios del derecho de la responsabilidad civil son el principio de la prevención y el principio de la reparación (3), por el primero toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado y por el segundo toda persona tiene el deber de reparar el daño causado.

Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de responsabilidad civil y los principios del derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado.

Sucede que las relaciones familiares tienen un especial contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo dañar al otro; por eso no pueden quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar.

Valga aclarar que todo daño producido en el entorno de la familia es en principio más grave por el hecho de ser provocado en el ámbito familiar. Así una violación, siempre un hecho gravísimo, si es producida por quien en principio tenía la responsabilidad del menor o del incapaz, como si se produce entre esposos, genera una lesión más profunda, porque resulta producida por quien tenía

una especial obligación de cuidado y no una mera obligación de no dañar (4).

*b) Corresponde indemnizar el daño causado por la violación al deber moral de fidelidad*

Consideramos que siempre que se dan los presupuestos de la responsabilidad civil, va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia si ocasionan perjuicios, deben dar lugar a una indemnización, lo contrario sería un retroceso en el sistema de la responsabilidad civil y llevaría a que el matrimonio fuera el único contrato donde se pudiera incumplir sus deberes sin ningún tipo de responsabilidad.

No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo, sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el artículo 1737 de Código Civil y Comercial 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”*.

De lo expuesto surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad o al de asistencia lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado.

No importa que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico, porque el daño in-

demnizable no es solamente la violación a un deber jurídico, sino la violación a cualquier interés legítimo e indiscutiblemente el “deber moral de fidelidad” constituye un interés legítimo, cuya violación debe ser reparada si lesiona el derecho extrapatrimonial o patrimonial del cónyuge, máxime cuando hoy existe un divorcio *express* al que se accede rápidamente, sin tener que demostrar ni causas, ni culpas. En este contexto, quien no quiere cumplir con los deberes matrimoniales puede desvincularse rápidamente del contrato matrimonial, sin ninguna sanción por parte del ordenamiento jurídico y sin necesidad de violar los deberes matrimoniales.

*c) El matrimonio no puede ser un lugar donde se lesione gratuitamente*

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 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 (5).

*d) Las normas del derecho de familia no reparan el daño causado*

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 repudiables y

## { NOTAS }

(2) Sobre ellos cabe destacar que el principio de libertad puede ser ejercido mientras no se dañe a otro y que la libertad admite reglamentaciones de allí que la libertad matrimonial se traduce en la libertad de casarse o no casarse, pero una vez casados se deben respetar las obligaciones libremente asumidas.

(3) Ver en el Título V del Libro tercero *Otras fuentes de las Obligaciones*, la sección 2º “Función preventiva y

función excesiva” y la sección 3º “Función resarcitoria”.

(4) MEDINA, Graciela, “La responsabilidad por daños producidos por la violencia sexual y Familiar” en libro de *Responsabilidad Civil y Familia*, coordinado por David Vargas Aravena y Cristian Lepin Molina, Thomson Reuters Chile, 2014, p. 221.

(5) Señala la distinguida jurista uruguaya Beatriz Ramos: “Con relación a los deberes, corresponde recordar

su importancia en las relaciones de familia, ya que el cumplimiento de los mismos permite el funcionamiento y la existencia de la familia. Para comprender esto basta con imaginar una familia en la que sus integrantes no cumplan con sus deberes, por ejemplo que los padres no cuiden a sus hijos o éstos no atiendan a sus ascendientes ancianos y necesitados. Sin embargo es posible observar que los deberes no han obtenido el mismo fortalecimiento

to que se les ha reconocido a los derechos en este último tiempo. Así, vemos que algunos deberes se van debilitando frente a un concomitante fortalecimiento de todos los derechos”. RAMOS, Beatriz, “Daños originados en las relaciones de Familia: Situación de Uruguay” en libro de *Responsabilidad Civil y Familia*, coordinado por David Vargas Aravena y Cristian Lepin Molina, Thomson Reuters Chile, 2014, p. 253.

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 reconviente. 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 2011 que truncó su proyecto de vida familiar, y que a su vez generó un atentado contra su honra, “...se alude la sentimiento o conciencia a 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 2016), entendida en la faceta subjetiva del derecho al honor que aquí se ha visto conculcado con el actuar de la reconvienida. 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 2011, es decir, que se si bien el art.431 del Cód. Civ. y Comercial, 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. Con base en 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, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Tomo IV, Ed.

Hammurabi, pág. 124. Y qué 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 Cód. Civ. y Comercial), 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 en cierta medida la antijuridicidad encuentra sustento en lo estipulado por el art. 52 del Cód. Civ. y Comercial, 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 reconvienida 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 reconvención, 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 González 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 otor-

CONTINÚA EN PÁGINA 12

ofensivas de un cónyuge al otro. Estos efectos indirectos no reparan el daño injustamente causado, por lo cual no son suficientes para la víctima.

*e) No existe ninguna norma expresa que impida la reparación del daño causado por violación al deber de fidelidad*

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 sólo se exime de su aplicación por disposiciones especiales como las contenidas en el artículo 401 del Cód. Civ. y Com.

*f) Insuficiencia de la pensión compensatoria para reparar el daño*

La pensión compensatoria no basta para indemnizar el daño causado producido 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 sí 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 (6).

*g) Los alimentos post divorcio no reparan el daño*

Los alimentos posteriores al divorcio tampoco son suficientes para indemnizar perjuicios, ya que sólo se dan en dos circunstancias: a favor del cónyuge que sufre una enfermedad preexistente al divorcio que le impide autosustentarse 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.

*h) La reparación de los daños no va en contra de la paz social*

Por otra parte no convence el argumento de 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.

*i) Los fundamentos del Código Civil y Comercial no sirven de soporte para convalidar los daños causados en el matrimonio*

Los fundamentos del Código Civil y Comercial no bastan para justificar la exclusión de la responsabilidad civil a los daños producidos por el incumplimiento de los deberes del matrimonio. Así, si bien en los fundamentos del proyecto se lee: “unos son los daños a la persona en cuanto tal (regidos por el derecho de la responsabilidad civil), otros los que se pretenden derivación del incumplimiento de los deberes conyugales, de alto contenido moral, y dejados, en consecuencia, fuera de la autoridad de los magistrados”. Estos fundamentos no son ley y no fueron positivizados, además cuando ellos fueron escritos, los deberes derivados del matrimonio eran menos que los que el Código Civil y Comercial incluyó, porque no estaba ni el deber de fidelidad ni el de cohabitación.

*j) El contenido ético de los deberes matrimoniales no los priva de su carácter jurídico*

Por otra parte, el fuerte contenido ético de este tipo de deberes no los priva de su carácter jurídico. Así lo ha entendido un sector de la doctrina española, que señala que “es cierto que este tipo de deberes tiene una naturaleza especial; su carácter moral se explica si se atiende al contenido del Derecho de Familia, pues en este caso, al igual que en otros, el Derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Por supuesto que son de naturaleza personalísima y entran en la esfera de libertad de cada cónyuge y de cada progenitor, por ello hay una imposibilidad práctica de su imposición coactiva directa por parte del Estado. Pero el hecho de que no sea posible su coerción di-

recta no les priva de su juridicidad; son obligaciones jurídicas y el familiar obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto, al menos como posibilidad inicial, al resarcimiento de los daños que cause. Son obligaciones legales sin carácter patrimonial pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y, a veces, consecuencias económicas” (7).

Estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica; pero que, no obstante, su carácter ético o moral no los priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no los priva de ser considerados también como un deber moral o ético. En este sentido, reconocen que constituyen deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que, al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlos en pie en esta condición suya plenamente jurídica. Que en fin, el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica (8).

#### IV. Jurisprudencia sobre el deber de fidelidad

Cabe traer como ejemplo un caso que con ribetes similares se ha dado en el ordenamiento jurídico argentino, chileno (9) y español. Se trata del supuesto en el cual una mujer casada tiene relaciones extraconyugales y da a luz a tres hijos cuya paternidad atribuye al marido, cuando en realidad eran hijos del amante. Tras la separación el mari-

CONTINÚA EN PÁGINA 12

#### { NOTAS }

(6) La compensación económica tiene muchas semejanzas con la reparación de daños. En realidad, se trata de una compensación y para el *Diccionario de la Real Academia* “compensar” es “dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”. La diferencia entre *indemnizar* y *compensar* reside únicamente en la extensión de la reparación.

Mientras que la *indemnización* en nuestro derecho es plena y busca dejar “indemne” al sujeto pasivo e “indemne” es “libre o exento de daño”: de todo daño. La *compensación* tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo MEDINA, Graciela, “Compensación económica en el Proyecto de Código”, publicado en LA LEY,

2013-A, 472. DFyP 2013 (enero-febrero), 3.

(7) RODRÍGUEZ, “Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales”, Navarra, Ed. Thomson Reuters - Civitas, 2009, ps. 83-84.

(8) Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 30 de agosto de 2012, Rol N° 133-2012. (VARGAS ARAVENA,

David., Ponencia presentada a las *IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2011).

(9) LEPIN MOLINA, Cristian, “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, Ed. La Ley, Año 2014, p. 419. Corte de Apelaciones de la Serena 03/04/2014, Roll. N° 507-2013.

## ● VIENE DE PÁGINA 11

garse 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: LALEY, 1998-E, 1057 - 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 1986, 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 reconviente 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 (06/06/2011), 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. Éste 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 doctor *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 doctor *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 Cód. 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 reconviente 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. — *Horacio A. Costantino*. — *Rodolfo F. Rodríguez*. — *Roberto M. Ibáñez*.

## ● VIENE DE PÁGINA 11

do se entera y presenta una demanda de daños y perjuicios contra su esposa reclamando la indemnización por el daño moral sufrido.

En los tres países la jurisprudencia ha hecho lugar al reclamo de daño moral, al ser las consecuencias de la infidelidad tan graves que aún los países que no tienen la tradición que posee la Argentina de reparar los daños derivados del divorcio han aceptado la indemnización por el perjuicio que el adulterio de la mujer le ocasionó al marido atribuyéndole hijos que no eran suyos (10).

## V. Conclusiones

Los jueces dictan muchas sentencias que resuelven las situaciones entre las partes, pero muy pocas veces aquéllas son un *leading case* que trasciende el litigio. La resolución que comentamos es sin lugar a dudas un caso líder que hace jurisprudencia y resuelve la situación planteada de manera justa y equitativa, teniendo en cuenta los principios generales del derecho, respetando los derechos fundamentales y transmitiendo a la sociedad un claro mensaje sobre la necesidad de la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes morales derivados del matrimonio.

Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia". El status familiar no es una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona, sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable (11), por ello el hecho de estar casado no puede constituir a la víctima en un sujeto carente de derecho a la reparación.

En conclusión, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a un deber familiar. 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. ●

Cita on line: AR/DOC/854/2017

## { NOTAS }

(10) Fallo de la Audiencia Provincial de Valencia 02/11/2004 (Sección séptima, Número 597, Rollo 594/2004), comentado por MARÍN GARCÍA de LEONARDO, Teresa, "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", en *Revista Arazandi de Derecho Patrimonial. Daños en el Derecho de Familia*, Ed. Thomson-Arazandi, p.176.

(11) PATTI, S., "Familia e responsabilità civile", Milano, 1984, p. 32 y ss. Respecto de la incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del Derecho de

familia puede verse más ampliamente en FRACCON, A., "I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno" en *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. xxx, enero-marzo 2001 p.367 y ss. Concretamente señala que en la familia como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual. En la doctrina española defiende esta posición ROCA I TRÍAS, E., "Familia y cambio social (De la casa a la persona)", Civitas, 1999, p.75.

## NOTICIAS

## FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

## Posgrado de Actualización y Profundización en Derecho Penal Tributario

(12ª edición)

Duración: 1 año

Director: Jorge H. Damarco.

Coordinador: Santiago Mozetic

Sub Coordinadores: Juan Pablo Fridenberg y Jorge E. Haddad

Cuerpo docente:

Barroetaveña, Diego; Borinsky, Mariano; Catania, Alejandro; Comes, Fabiana Luján; Corti, Aristides H. M.; D'Albora, Francisco; Damarco, Jorge H.; De Llano, Hernán; Devoto, Eliseo; Díaz de Calaón, Leticia; Fedullo, Eliana; Folco, Carlos M.; Fridenberg, Juan P.; Galván Greenway, Juan P.; García Berro, Diego; Gómez, Teresa; Grabivker, Marcos; Haddad, Jorge; López Biscayart, Javier; Losada, Gustavo; Manonellas, Graciela N.; Mozetic, Santiago; Navas Rial, Claudio; Nercellas, Marta; Paturanne, Gustavo H.; Pérez, Daniel; Robiglio, Carolina; Ruetti, Germán; Straccia, M. Verónica; Torassa, Marcos; Turano, Pablo

Informes

Departamento de Posgrado de la Facultad Av. Figueroa Alcorta 2263, piso 2º  
e-mail: cedertri@derecho.uba.ar - tel: 4809-5606/779)  
www.derecho.uba.edu.ar

## EDICTOS

El Juzgado Civil y Comercial N°7 de Morón cita y emplaza a ISRAEL SOSNOVSKY y/o quienes se consideren con derecho sobre la Parcela 10, Circ. II, Sec. H, Manz. 46 de la Ciudad y Partido de Ituzaingó Pcia. de Bs. As. Matrícula 28256 para que en el plazo de 10 días comparezcan a contestar demanda en los autos "ISOLA EDUARDO PEDRO c/ SOSNOVSKY ISRAEL y OTROS s/PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA VICENAL USUCAPION" bajo apercibimiento de designar Defensor Oficial para que los represente. El presente deberá ser publicado por dos días en el diario La Ley.

Morón, 10 de febrero de 2017

Patricia C. Rieder Bazán, sec.  
LALEY: I. 03/04/17 V. 04/04/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°10, Secretaría N°20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, informa que la Sr/a. ANA MONTERO MONTERO de nacionalidad dominicana con pasaporte SC1015687 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 14 de febrero de 2017  
Matías Abraham, sec. int.  
LALEY: I. 03/04/17 V. 03/04/17

33273/2015 SOARES, AMALIA y OTRO s/ SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°29, Secretaría Única, Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de SOARES, AMALIA a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en La Ley.

Buenos Aires, 15 de octubre de 2015  
Claudia Alicia Redondo, sec.  
LALEY: I. 31/03/17 V. 04/04/17