**Voces:** DIVORCIO ~ PROCESO DE DIVORCIO ~ CULPA ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ CAUSALES DE DIVORCIO ~ DEBER DE FIDELIDAD ~ CONYUGE ~ OBLIGACIONES DEL CONYUGE ~ PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ~ VALUACION DEL DAÑO

**Título:** La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños

**Autores:** Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Culaciati, Martín Miguel

**Publicado en:** LA LEY 24/04/2017, 24/04/2017, 7

**Fallo comentado:** [Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico ~ 2016-12-24 ~ T. c. C. s/ divorcio vincular](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?src=externalLink&crumb-action=append&context=30&docguid=iC76CAE7FF551F673A97F55949088E6F2)

**Cita Online:** AR/DOC/1033/2017

**Sumario: I. Palabras introductorias. — II. Plataforma fáctica. — III. El divorcio y el deber moral de fidelidad. — IV. Los daños en el divorcio. — V. Los elementos de la responsabilidad civil. — VI. La arbitrariedad en la cuantificación del daño. — VII. El fantasma de la culpa en cuerpo presente en los daños y perjuicios. — VIII. Breves palabras finales.**

**I. Palabras introductorias**[(1)](#FN1)

La sentencia fechada 16/12/16, de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, La Pampa, presenta varias aristas para comentar. Un abordaje global excedería los objetivos que una publicación periódica persigue. Por eso, nos ceñiremos a ciertas consideraciones sobre el deber moral de fidelidad que recepta el art. 431 del Cód. Civil y Comercial (en adelante CCyC) y su cruce con el derecho de daños.

Adelantamos que, en nuestra opinión, esta decisión, que concede una reparación en concepto de daño extrapatrimonial por la infidelidad del cónyuge, camina a contramano del Régimen de Divorcio regulado en el Código Civil y Comercial (que, como es sabido, abandona el entramado centrado en las nociones de "culpa" e "inocencia") y el de los deberes jurídicos matrimoniales (que califica el de fidelidad como exclusivamente moral). La resolución reafirma una postura refractaria y resistente al nuevo Código, e interpreta el sistema conforme los criterios morales de los jueces que la suscriben. Por eso, roza la arbitrariedad en los términos del precedente "Santa Coloma"  [(2)](#FN2) en el que la Corte Suprema sostuvo que la jurisdicción "no puede imponer a los litigantes sus propias pautas culturales", en contra de los principios que integran el sistema jurídico.

El primer interrogante que requiere respuesta es:

Si el régimen legal veda al juez del divorcio inmiscuirse en la vida íntima y familiar investigando los motivos que llevaron a los cónyuges a peticionar la extinción del vínculo ¿puede el tribunal ingresar en esas causas con la excusa de que en el marco de ese proceso también se dedujo la pretensión accesoria de reparar el supuesto daño derivado del incumplimiento del deber de fidelidad?

Nuestra respuesta es negativa. Las razones de esta conclusión se exponen en los puntos siguientes. Previo, relatamos las circunstancias fácticas de la causa.

**II. Plataforma fáctica**

Básicamente, los hechos a relatar son los siguientes:

1. Con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, una mujer promovió juicio de divorcio vincular por la causal de injurias graves; afirmó que su esposo incurrió en actos de infidelidad e hizo comentarios agresivos sobre su persona.

El marido negó los hechos, contestó y reconvino. Expuso que su esposa fue infiel y solicitó el divorcio por las causales de adulterio, tentativa contra su vida, injurias graves y abandono voluntario y malicioso; además, reclamó la reparación del daño extrapatrimonial causado.

A su turno, la actora pidió el rechazo de la reconvención.

2. En el marco del régimen normativo derogado, la sentencia de primera instancia: (i) sostuvo no probadas las causales de divorcio invocadas en la demanda y en la reconvención; (ii) decretó el divorcio por la causal contemplada por el art. 214 inc. 2° del CC y (iii) rechazó el reclamo indemnizatorio.

3. Ambas partes apelaron. Coincidieron en criticar al tribunal de grado porque aludió a reformas legislativas que aún no estaban vigentes al momento de dictar sentencia.

4. El hombre fundó sus agravios en que la jueza falló extrapetita al: (i) criticar el régimen derogado sin hacer mérito de los respectivos intentos de acreditar las causales de divorcio; (ii) valorar erróneamente la prueba respecto de la atribución de la culpabilidad y (iii) rechazar sin fundamentos el reclamo del daño moral.

5. La mujer se quejó porque la jueza: (i) no consideró acreditadas las injurias invocadas; (ii) se auto-limitó, amparándose en un criterio restrictivo para analizar la prueba de las causales.

6. El expediente ingresó a resolución de la Cámara de apelaciones cuando el CCyC ya había entrado en vigencia [(3)](#FN3). El tribunal decretó el divorcio sin expresión de causa (art. 437 del CCyC), pero condenó a la actora reconvenida al pago de una suma de dinero en concepto de resarcimiento del daño moral [(4)](#FN4).

**III. El divorcio y el deber moral de fidelidad**[(5)](#FN5)

En un tiempo, el divorcio contencioso permitido en el régimen anterior fomentó que un número significativo de parejas recurrieran al juicio de reproche no sólo para disolver el vínculo, sino para obtener beneficios patrimoniales que la ley concedía al "no culpable".

Aunque el sistema legal abría la vía de la reparación de daños, en la práctica, al momento de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, este tipo de contienda judicial era mirado con disfavor por los efectos negativos que generaba en todos los integrantes de la familia (adultos e hijos menores de edad).

Como es sabido, el CCyC estableció el divorcio sin expresión de causa. El escenario varió rotundamente y, en consecuencia, no es válido continuar utilizando argumentaciones propias del divorcio culpable.

Hoy el divorcio es la ruptura del proyecto biográfico común de los cónyuges; dicho de otro modo, es la pérdida de afecto por parte de uno o de ambos. Basta ese hecho; la causa que lo produce es irrelevante para el sistema jurídico.

En coincidencia, en materia de deberes generados por el matrimonio, el nuevo ordenamiento potencia la asistencia y la cooperación [(6)](#FN6) como deberes jurídicos y reduce el deber de fidelidad a su faz exclusivamente moral (art. 431 y concs.) [(7)](#FN7). De este modo, la fidelidad salió del ámbito jurídico; la obligación que otrora era jurídica se convirtió en moral y, por lo tanto, "está sólo reservada a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados" (art. 19, Constitución Nacional). Por eso, más allá de la opinión subjetiva y de los preconceptos del intérprete de turno, hay que insistir en un concepto básico: los deberes matrimoniales jurídicos son aquellos cuyo incumplimiento genera una reacción del sistema legal desfavorable al incumplidor.

Además, los deberes matrimoniales no deben analizarse en forma aislada, sino en su interacción o interrelación con el régimen de divorcio; así lo imponen los arts. 1 y 2 del CCyC al requerir la interpretación y aplicación sistemática y coherente de las normas.

Reprobable o no moralmente, la infidelidad es consecuencia de la falta del afecto que el matrimonio presume. Cabe, entonces, la siguiente pregunta: ¿Puede sancionarse jurídicamente la pérdida de afecto en el matrimonio? ¿La infidelidad (incumplimiento de un deber moral) puede verse "reparada" con un resarcimiento dinerario?

A estas preguntas cabría agregar estas otras: ¿Es valioso jurídicamente fomentar la venganza entre los ex cónyuges? ¿Cabe dinamitar a los hijos de la unión, inmersos en las intimidades del conflicto de sus progenitores?

Todos los interrogantes merecen respuesta negativa. Siendo el deber de fidelidad solo moral, el daño derivado de la infidelidad debe adunarse al listado de los sufrimientos que cualquier persona padece en el transcurso de su vida que no tienen correlato en el plano jurídico.

**IV. Los daños en el divorcio**

IV.1. Consideraciones generales

Medina Alcoz señala que en la mayoría de los países [(8)](#FN8), el régimen de la responsabilidad civil está construido a partir de escasos preceptos legales; es, en gran medida, un derecho judicial; "son los jueces los que, al desarrollar una labor permanente de interpretación recreadora, de mirada atenta a una realidad social cambiante, con su correlativa alteración de las mentalidades, han completado la ordenación legal con un complejo de reglas, fruto de la necesidad de resolver los conflictos multiformes con criterios que no fluyen con sencillez de unas previsiones legales extremadamente sincopadas" [(9)](#FN9).

Durante varios años, los daños derivados del divorcio desvelaron a la doctrina y jurisprudencia nacional; en la Argentina, las controversias concluyeron, solo en parte, con la doctrina legal sentada en un fallo plenario [(10)](#FN10) de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que dispuso: "En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio".

La reparación podía darse en "ese" derecho positivo -léase, en el marco de la ley 23.515- y el daño debía ser ocasionado por el cónyuge "culpable" como consecuencia de los hechos constitutivos de las "causales" de divorcio.

En el régimen actual no existe ni cónyuge culpable, ni causales de divorcio; los dos presupuestos de la parte "resolutiva" del plenario han desaparecido.

También se demolieron los fundamentos que estructuraron esa solución. El voto de la mayoría se sustentó -esencialmente- en que el cónyuge ofensor había cometido "un hecho ilícito". En efecto, la reparación de los daños derivados del divorcio era una consecuencia del régimen subjetivo; la antijuridicidad, primer presupuesto de la responsabilidad civil, quedaba configuraba con el incumplimiento de un deber jurídico cuya fuente era el matrimonio.

Esta circunstancia no se verifica actualmente, desde que, como hipótesis de máxima, la contravención sería a un mero deber moral.

No resulta inútil recordar algunos de los fundamentos del voto minoritario vinculados a criterios axiológicos y de realidad [(11)](#FN11):

"El matrimonio no puede tener un sentido especulativo, en cuanto a tener asegurada una buena conducta gracias a la coerción que significaría la imperatividad de una reparación basada en actitudes que difieren del comportamiento común de las personas, y aventar todo peligro del fracaso matrimonial, al que contribuyen ambos cónyuges".

"Quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido con todo lo que ello implica. Si por distintas circunstancias, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias deben ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso tan trascendental. Con lo que, acordar por vía jurisprudencial una indemnización, significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos".

De cualquier modo, entre el plenario y la entrada en vigencia del CCyC transcurrieron más de 20 años, tiempo en el que la realidad sociocultural y, consecuentemente, la jurisprudencia y la doctrina cambiaron sustancialmente.

Un importante número de autores se inclinó por la improcedencia de planteos resarcitorios en el marco del divorcio si éstos estaban basados exclusivamente en la violación del deber de fidelidad [(12)](#FN12). En este sentido, se argumentó: (i) la crisis del concepto de culpa, por las específicas características de la relación conyugal y por la grave dificultad de arribar a la verdad; (ii) la imposibilidad de indemnizar el desamor que evidencia todo quiebre marital; (iii) la verificación de que la admisibilidad de los reclamos indemnizatorios constituía un incentivo para los divorcios controvertidos; y (iv) la prevalencia de otros valores, como la solución armoniosa de los conflictos, y la tutela integral de la familia, en especial de los hijos, perturbados por los reclamos indemnizatorios.

La jurisprudencia mayoritaria siguió la misma senda. Así, muchos fallos restringieron el resarcimiento del daño en el ámbito del divorcio haciendo hincapié en que existía una suerte de venganza ínsita en el reclamo. A modo ejemplificativo, un voto de Zannoni, integrante de la sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, de 5/09/2012 afirma: "no parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirve más a la justificación de vindictas -prolongación del divorcio mismo con propósitos de lucro- en un contexto de litigiosidad que, por otra parte, ha hecho crisis en el derecho de familia moderno. La relatividad de las ideas de culpa y de inocencia en la frustración del proyecto matrimonial y las vías de acceso no litigiosas al divorcio por las que opta la mayor parte de los justiciables, son elocuentes". [(13)](#FN13)

En rigor, detrás del reclamo por el resarcimiento se encuentra el deseo de "que se haga justicia" y que el otro "pague por lo que hizo", atribuyéndole íntegramente el fracaso matrimonial y no sólo el hecho pretendidamente dañoso.

¿Qué se esconde detrás de la expresión "que se haga justicia"? Con esta locución, el cónyuge busca involucrar al Estado en su contienda, de modo que el Poder Judicial sea el órgano efector de la reparación de las decisiones del otro. Las intenciones son las mismas que las que se utilizaban en el régimen culpable; puede entreverse la persistencia del deseo de "ganar" y descalificar al "contrario".

En ese sentido, se ha sostenido con acierto que "la energía psíquica queda atrapada en la contienda por el resentimiento y la búsqueda de venganza hacia la otra parte, a quien consideran el culpable del fracaso de su matrimonio, se recrimina al otro las faltas, lo que se ha hecho o dejado de hacer y buscan que la justicia actúe como un órgano efector de su venganza". [(14)](#FN14)

Insistimos: esas intencionalidades resultan inviables en un sistema en el que las causas son irrelevantes, tanto para el proceso de disolución (divorcio) como para sus efectos (alimentos, atribución de la vivienda, partición de los bienes, etc.).

IV.2. La interpretación del sistema vigente

Jurídicamente, las intencionalidades de los cónyuges que solicitan el divorcio no deberían plantear inconvenientes porque el régimen vigente -tanto por su letra como por su vocación docente- pretende la pacificación de las relaciones afectivas y ha quitado a los cónyuges las "armas" que otrora tenían para la destrucción mutua bajo la mirada atenta y activa de la justicia.

El problema aparece cuando el Poder Judicial se inmiscuye en los agravios de un matrimonio degastado pues, de ese modo, presta aquiescencia al ilegítimo interés de lograr una represalia por la simple circunstancia de la desaparición del afecto.

No estamos solos en esta posición.

(a) En el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la ciudad de Bahía Blanca en octubre de 2015, la Comisión nº 3 aprobó por amplia mayoría que "Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales" [(15)](#FN15).

Al referirse puntualmente al deber de fidelidad, el despacho de la mayoría sostuvo que "en virtud del principio de reserva (art. 19, CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2, CCyC y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, CCyC), 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)".

(b) Por su parte, la Comisión de Derecho de Familia que abordó el eje temático "Derecho de Daños" de las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal organizadas por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín, coincidió mayoritariamente en que "no es posible demandar daños y perjuicio derivados del incumplimiento por parte de un cónyuge de un deber derivado del matrimonio".

La sentencia que comentamos no rebate estas conclusiones ni los argumentos que las sustentan.

Tampoco rememora los Fundamentos del Anteproyecto (antecedente directo del CCyC) que expresamente dicen: "los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños". [(16)](#FN16)

Conforme lo expuesto, resulta absolutamente coherente interpretar que la ley vigente relega el cumplimiento o no del deber de fidelidad a la zona de reserva e intimidad de las personas (art. 19, CN) y, de allí, que no corresponde habilitar reclamos resarcitorios derivados de su incumplimiento.

La Corte Suprema de Justicia de Mendoza intentó recorrer otros andariveles el 11/03/2016 [(17)](#FN17). En un divorcio contencioso interpuesto durante la vigencia del código anterior se había peticionado la reparación de daños. En primera instancia y aún vigente el código velezano, se hizo lugar a la demanda de divorcio culpable por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar fijándose una suma compensatoria del daño moral. La Cámara, ya vigente el CCyC, por mayoría, en contra de la jurisprudencia prácticamente unánime del país, confirmó la sentencia de divorcio culpable fundado en la causal de injurias graves y bajó el monto de la reparación civil. Correctamente, la máxima instancia judicial mendocina decretó el divorcio según el régimen ya vigente por aplicación del mencionado art. 7 del CCyC (o sea, sin expresión de causa), pero confirmó la condena a reparar el daño moral. Entendió que "en la nueva ley al no existir más causales subjetivas de divorcio, para que resulte procedente una indemnización por daños, quien los reclame debe acreditar fehacientemente los daños que invoca, conforme los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Si la condición humana, la dignidad e integridad de una persona, en cualquiera de sus aspectos, dentro o fuera de un matrimonio, ha sido dañada, eso es lo que debe indemnizarse en caso de encontrarse debidamente probado el daño"; agrega que "el alterum non laedere (art. 19 Constitución Nacional) no se diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio. Ello sería insostenible (...). En los casos de violencia en la pareja, la Ley 26.485 de 'Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales', del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos". Hasta aquí, la sentencia parece responder a los criterios expuestos en los fundamentos del anteproyecto, ya transcriptos: no a la reparación del daño por violación al deber de fidelidad; sí a los daños que implican ataque a la dignidad de la persona, aun cuando hayan sido erróneamente acumulados a una acción de divorcio contencioso interpuesta antes de la vigencia del nuevo CCyC.

La primera dificultad aparece al decidir la carga de la prueba. La sentencia mendocina dice: "Advierto una distinción notoria entre el régimen anterior y el actual con relación al régimen probatorio. Cuando los jueces aplicaban la doctrina del viejo plenario, era más sencillo tener por acreditado el daño con el simple hecho de la configuración de una causal subjetiva de divorcio. Acreditada la existencia de injurias graves, a modo de ejemplo, el daño moral es casi evidente. Así fue resuelto en esta causa en las instancias de grado. Por el contrario, hoy resulta necesario detenerse en el análisis de la prueba del daño invocado. Sin embargo, aplicar mayor rigor probatorio en esta oportunidad a un proceso que ya se ha sustanciado, podría conculcar seriamente el derecho de defensa en juicio de las partes intervinientes, esencialmente de la actora que, a la hora de reclamar sus daños, tuvo en cuenta la existencia de un régimen vigente que le permitía exigir la reparación ante la acreditación de las causales subjetivas de divorcio".

La afirmación merece algunas reflexiones: la jurisprudencia mayoritaria no afirmaba esta suerte de presunción del daño moral, por lo que el punto de partida del tribunal no es exacto. En cambio, en principio, no adolece de este vicio el párrafo final de cierre de la argumentación cuando sostiene: "La Cámara sentenciante ha tenido en cuenta que la actora padeció malos tratamientos, ofensas verbales y físicas de parte del accionado, aspectos que sin duda importan la violación de la dignidad humana y de sus derechos personalísimos. Tal pronunciamiento no luce arbitrario ni infundado. Por el contrario, ha sido dictado conforme la prueba rendida y el régimen jurídico vigente en esa oportunidad, para concluir que no puede dudarse que la actora haya visto afectado su equilibrio espiritual y afecciones legítimas y es dable suponer un estado de zozobra".

Por el contrario, no hay observaciones que formular a la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 21/04/2016 [(18)](#FN18). El juez de 1° instancia decretó el divorcio sin expresión de causa y rechazó la demanda de daños en el marco de una situación de violencia familiar; para resolver en este sentido, afirmó que el pedido de indemnización del daño psicológico y del daño moral no tenía "respaldo normativo" a la luz de la nueva legislación. Correctamente, la Alzada argumentó: "aquí no se debate el incumplimiento de los deberes matrimoniales de los cónyuges —deber moral de fidelidad, cohabitación, asistencia mutua, etc. según lo indica el art. 431 CCC— o si existió culpa de algunos de los esposos; por el contrario, el eje central del reclamo son los daños que el actor le habría provocado a su cónyuge durante la convivencia en común, y luego de la separación. He aquí una acumulación objetiva de acciones, de las cuales una ya se decidió y quedó firme; por lo que resta entonces analizar el reclamo indemnizatorio que viene apelado a esta Alzada. La reconviniente arguyó en su escrito postulatorio que lo que da sustento a su petición son las agresiones físicas y psicológicas sufridas durante un período que abarca desde diciembre de 2008 al mes de agosto de 2013. Sobre esa línea argumental continuaré el análisis para darle el marco normativo adecuado....". "En los Fundamentos del Anteproyecto 2012 redactado por la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que resulta ser el antecedente directo del Cód. Civil y Comercial, se dijo en forma contundente que era improcedente la reparación de daños por los supuestos incumplimientos matrimoniales —ej. la fidelidad—. La idea era no incentivar la promoción de acciones resarcitorias si algunas conductas y consecuencias podían tener adecuado cauce de juzgamiento ante el juez de familia que analice el divorcio. Sin embargo, entiendo que lo dicho no obsta a que en determinadas situaciones, si se dan los presupuestos de responsabilidad civil, como el ataque al honor, la intimidad, dignidad, integridad física o psíquica, esos daños puedan ser reparados"; agregándose: "Justamente, en este caso el debate no gira sobre si existió infidelidad, falta de asistencia mutua, etc., sino de lo que se trata es de analizar los daños que el actor habría provocado a la demandada reconviniente con su accionar, y en su caso, de indemnizarlos adecuadamente. Aquí se alegó violencia doméstica ejercida por el actor contra la accionada, y que ello le provocó a ésta un daño psicológico y moral".

**V. Los elementos de la responsabilidad civil**

V.1. Antijuridicidad e infidelidad

La regulación del divorcio sin expresión de causa como única vía de solución ante el quiebre conyugal conllevó modificar la calificación de los deberes matrimoniales, relegando el deber de fidelidad al ámbito moral.

De este modo, la infidelidad no se erige como una conducta antijurídica porque, lisa y llanamente, no constituye un deber jurídico sino moral. Este déficit en la antijuridicidad de la conducta imputada genera, automáticamente, la improcedencia del reclamo resarcitorio.

En este sentido, la propia sentencia recurre a una cita doctrinal que señala que el desamor puede ser motivo de la separación y no por ello generar daños de índole resarcible. No obstante, los jueces intentan justificar la inexistencia de una conducta antijurídica con los siguientes argumentos:

- Si bien la fidelidad es un deber moral "este episodio 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 el CCyC, la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño es el 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".

- Conforme el art. 1717, cualquier acción que genere un daño es antijurídica.

Ninguno de los argumentos es suficiente. Veamos:

(i) En primer lugar, el art. 52 del CCyC se refiere a los daños causados a la dignidad de la persona y remite expresamente a los requisitos contenidos en el libro III, título V, capítulo I [(19)](#FN19); o sea, para ser reparable, el daño a la intimidad familiar debe cumplir con los recaudos de los ilícitos en general. Para salir de este encierro, el tribunal apela al derecho al honor, pero en realidad, lo hace como camino alternativo para incorporar la causal de adulterio por vía de la responsabilidad civil.

El bloque de constitucionalidad federal protege a las familias [(20)](#FN20), como dice la sentencia, pero ese amparo al pluralismo familiar no se identifica con la protección jurídica de los aspectos puramente morales del matrimonio.

Nos preguntamos si el tribunal hubiese llegado a la misma solución (daños y perjuicios por violación del deber de fidelidad) si se trataba de una unión convivencial o de una simple convivencia, formas que también reciben protección conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Arriesgamos la respuesta negativa.

El sistema jurídico no puede imponer la estabilidad del vínculo, sea matrimonial o fuera del matrimonio. Ya lo decía Couture [(21)](#FN21): "La ley no crea la felicidad; ni puede impedir que huya el amor". Una visión contraria peca de ingenua por la sobrevaloración de la norma y porque olvida que lo que contribuye a la continuidad del enlace no es la ley sino el afecto. Si éste desaparece, las personas buscarán la separación, diga lo que diga la ley.

Cada persona tiene un ámbito o esfera de desarrollo de su plan de vida; mientras esa autonomía no lesione los derechos de terceros no corresponde intromisión estatal ni de otros particulares. Abandonar este punto de partida implica correr el riesgo de desconocer la autonomía amparada por el art. 19 de la CN, y confundir lo que cada uno quiere o cómo cree que el matrimonio debería ser con lo que es conforme el ordenamiento jurídico [(22)](#FN22).

Asimismo, es dable señalar que la norma vigente no protege ni deja de proteger la "estabilidad y armonía familiar". Por el contrario, protege a la persona, de modo que cuando la unión deja de ser satisfactoria, puede incoar el divorcio y concluir una unión carente de afecto. En ese orden de ideas, Pastor Vita añadió que "si nadie puede ser obligado a contraer matrimonio contra su voluntad, aún menos podrá ser obligado a permanecer en dicho estado contra su voluntad". [(23)](#FN23)

(ii) El segundo argumento referido a los intereses merecedores de tutela, olvida que es el legislador quien explicita cuales son estos intereses; pues bien, como reiteradamente hemos dicho, el legislador calificó el deber de puramente moral; por lo tanto, el intérprete no puede elevarlo, sin más, a aquellos merecedores de tutela jurídica. El tribunal remite a apelaciones genéricas sobre "la sociedad" y "los valores comúnmente aceptados"; sin embargo, en el fondo, impone sus propias pautas culturales; se resiste a aceptar que las relaciones matrimoniales han cambiado, que la Justicia tiene un límite en las relaciones familiares, y que siempre debe estar en favor de las que son más proclives a su pacificación.

(iii) Finalmente, el abordaje del debatido tema de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad deja importantes vacíos. Ciertamente, el concepto de antijuridicidad ha evolucionado y los textos originarios del código de Vélez debían ser modificados, desde que no respondían a los criterios prevalecientes. El nuevo CCyC podía elegir entre dos posiciones:

Una se inclinaba por la eliminación del requisito de la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad [(24)](#FN24). Las razones de la posición que excluye este presupuesto son muy variadas [(25)](#FN25) pero, en esencia, se mueven en torno al notorio desplazamiento de la noción de sanción hacia la de daño y en la necesidad de ampliar el campo de los daños reparables, cada vez más importantes, en la llamada "sociedad de riesgos" [(26)](#FN26). Para responder a esta visión, los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción de antijuridicidad que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla. Esta parece ser la posición que asume el tribunal.

La corriente mayoritaria, en cambio, entiende que el presupuesto debe mantenerse, pero reformulando el concepto: la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva). Por eso, es antijurídico todo hecho que daña, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material), excepto que exista una causa de justificación. A esta posición responde el art. 1717 [(27)](#FN27). En suma, el CCyC mantiene la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil [(28)](#FN28); la norma comprende las conductas positivas y negativas, o sea, las acciones y omisiones [(29)](#FN29), y los actos voluntarios e involuntarios. Se consagra, pues, una antijuridicidad amplia o genérica, no específica, que comprende toda conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado [(30)](#FN30). Esta posición se apoya, entre otros, en los siguientes argumentos:

a) La exigencia de la antijuridicidad se adecua a la interpretación sistémica y dinámica del art. 19 de la CN que dispone en su última frase: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". O sea, la Constitución admite un amplio espacio a la libertad, que no puede ser coartado indicando, como regla, la indemnizabilidad de cualquier daño. Dado que el artículo 1717 comprende las acciones y las omisiones, eliminar la antijuridicidad material implicaría el aniquilamiento de la libertad personal del agente [(31)](#FN31). Por lo tanto, la discusión podría circular por el método de interpretación (si se exige tipicidad o no, mayor o menor flexibilidad, etc.) pero no respecto de la necesidad del requisito [(32)](#FN32).

b) El hecho de que los daños se hayan multiplicado no implica que todo daño debe ser reparado. La vida cotidiana es una fuente incesante de daños: ocasiona daño quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, quien consigue un puesto de trabajo relegando a otras personas, quien obtiene las últimas entradas para ver un espectáculo determinado impidiendo que otra pueda conseguirlas, etc. La enumeración puede ser infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan resarcibles [(33)](#FN33) No lo son, porque falta antijuridicidad.

c) No corresponde tildar de antijurídica toda conducta violatoria de deberes morales o del "deber moral de no dañar". El derecho tiene necesidad de dar respuesta a preocupaciones diferentes a la moral. La acción es antijurídica cuando infringe los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico [(34)](#FN34). Así, por ej., si una amiga viola el secreto confiado por una persona de su especial confianza, no habrá lugar a los daños y perjuicios, porque la palabra empeñada se funda sólo en un deber moral. En cambio, si un médico, un abogado, viola el secreto profesional, el daño causado sí podrá ser reparado, si además de la antijuridicidad se cumplen los otros recaudos de la función reparadora del daño (factor de atribución, relación de causalidad y daño).

Antes de cerrar este punto, cabe señalar otras contradicciones en la que incurren los votos de la sentencia:

Aunque confusamente, un párrafo del primer voto parece compartir lo expuesto en los fundamentos que acompañaron al proyecto: "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". En realidad, no se trata de una excepción, sino de dos regímenes diferentes: no hay daños por violación de deberes morales del matrimonio; sí los hay cuando, independientemente del carácter de cónyuge, hay un daño a la persona.

Pero luego, sin otra explicación, pasa a la posición anterior a la vigencia del CCyC que aceptaba la reparación de estos daños como sanción a la infidelidad: "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".

La segunda contradicción se encuentra en el segundo voto. Explicita que sigue la postura minoritaria adoptada en las mencionadas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, pero agrega: "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".

¿Cuál es la disidencia con el colega si, en definitiva, adopta la postura minoritaria expresada en esas jornadas?

V.2. El factor de atribución

Con citas doctrinales [(35)](#FN35), la sentencia señala que "el factor de atribución en juego es el subjetivo: culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo."

Ahora bien, la sentencia decretó el divorcio sin expresión de causa y, al mismo tiempo, bajo el mismo ordenamiento jurídico vigente, ordenó el resarcimiento del daño moral ocasionado por un hecho culpable. O sea, admite que no hay lugar para la culpa en el divorcio, pero sí para el resarcimiento del daño.

Adviértase que el tribunal limitó el análisis de la culpa a la alegada infidelidad de la mujer, y aunque reconoce que el matrimonio se encontraba desgastado, observa la conducta como un hecho aislado; tan es así, que la parte resolutiva calcula el daño moral "al momento del hecho dañoso" y eso ocurre el 06/06/2011, fecha en el que el marido había visto salir a su entonces esposa del hotel alojamiento.

Tenemos claro que la solución se aparta palmariamente, de la realidad de las relaciones familiares. Calificados autores, en cambio, la tienen especialmente en cuenta; así, por ej:

Borda se interrogaba acerca de quién era el culpable de una hipotética ruptura conyugal, si el que comete el adulterio, o el otro cónyuge que con su frialdad y su desamor ha provocado aquella reacción. Así, aseveró que "debajo de la superficie, oculta a los ojos del juez, no expresada (y no expresable) en las fojas del expediente, está la gran masa de pequeños hechos que son la verdadera causa del divorcio (...). Nada de eso podrá ser apreciado ni valorado por el juez" [(36)](#FN36). Kiper, en el marco del plenario citado, afirmó que "la familia es un sistema en permanente cambio que atraviesa distintas etapas en su ciclo vital, y una de ellas es la etapa del divorcio. Ante ello, pensar en términos de culpabilidad es improductivo y sólo contribuye a retroalimentar el circuito de las ofensas entre los esposos, escalando el conflicto familiar y engendrando un círculo vicioso de recriminaciones, que obsta a la posibilidad de analizar este tipo de fenómenos desde una multicausalidad, más adecuada a la realidad funcional de la familia" [(37)](#FN37). Mizrahi [(38)](#FN38) insiste en que no debe perderse de vista que en el vínculo conyugal se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación.

Iguales reflexiones vinieron desde los estrados judiciales al afirmarse que "Resulta sumamente difícil, sino imposible, determinar cuál de los cónyuges es el responsable de la frustración del proyecto matrimonial que se concreta en unas causales legales de divorcio cuya demostración sólo suele constituir alguno de los síntomas visibles del deterioro matrimonial. El conflicto conyugal no es un problema de uno de los cónyuges y suele ser una reacción a la conducta del otro. Esta naturaleza circular de la interacción hace extremadamente difícil establecer quién es el responsable del fracaso matrimonial. (...) No existe el caso de aquel que alegremente incurre en adulterio o en ofensas; ello siempre se da en medio de un espectro de zonas grises donde los destinos e infidelidades rodean más la confusión de lo trágico que modos apolíneos, generadores de respuestas jurídicas (...)". [(39)](#FN39)

Hace muchos años, la conocida psicoanalista francesa Dolto [(40)](#FN40) recordaba que "las desavenencias de una pareja proceden de dificultades bilaterales relacionadas con la evolución de cada uno".

De estas valiosas reflexiones se deduce que elegir al "culpable" que debe resarcir es extremadamente difícil desde que, normalmente, ambos cónyuges son responsables -no culpables- de las discrepancias conyugales.

Por eso, resulta suficiente "sanción" el hecho de tener que concluir una relación afectiva que alguna vez quisieron conformar y que, en el caso, duró 25 años.

¿El tribunal pensó en los hijos, incluso en los posibles nietos, y en la repercusión de una sentencia pecuniaria que condena a la madre y posible abuela por ser infiel?

Las respuestas negativas se repiten.

V.3. El daño jurídicamente resarcible

El "daño" es el requisito determinante para activar la responsabilidad civil. Su configuración no es fácil en este ámbito. Hemos señalado que no siempre las afectaciones generan deber de responder en el plano jurídico.

En el caso, el reconviniente basó su reclamo en "la falta de respeto al inocente" y en la divulgación del hecho en los medios locales.

Ninguno de los elementos es suficiente: reiteramos que ya no hay culpables ni inocentes y la repercusión del hecho, generalmente, no debe ser imputada a la esposa, sino a los medios que reprodujeron noticias invasivas de la intimidad.

Ahora bien, después de una descripción cuasi delictiva del hecho, el primer voto consideró probada la infidelidad, y el segundo se detuvo en la verificación del daño.

El magistrado Rodríguez sostuvo: "debo remarcar mi disidencia con el colega preopinante, porque considero que conforme a la legislación actual el simple hecho de la infidelidad por sí sola no genera in re ipsa un daño moral, ni tampoco se lo presume". Sin embargo, después de describir el estado psicológico del reconviniente, concluye: "es evidente que el hecho de la infidelidad de su esposa ha ocasionado un menoscabo merecedor de daño moral". ¡Qué cerca está esa evidencia declarada de una presunción!

El voto no explica de qué modo están afectados los derechos de la personalidad. ¿El honor está directamente relacionado con la pericia psicológica y psiquiátrica? Es claro que la sentencia repara la infidelidad, porque los magistrados suponen, según su construcción subjetiva, que este deber matrimonial genera consecuencias jurídicas. El honor es citado, pero la contienda no es resuelta bajo este prisma; resaltamos, una vez más, que según la parte resolutiva de la sentencia, el hecho dañoso se considera configurado a partir del momento en que la esposa salió del hotel alojamiento con otra persona diferente a su cónyuge.

V.4. La relación de causalidad adecuada

El tribunal dio por probada la relación de causalidad entre el hecho y el daño sin argumentaciones plausibles y, por lo tanto, sin cumplir con el recaudo exigido en el art. 3 del CCyC,

Véase. El juez Rodríguez afirma que "el matrimonio transcurrió en armonía durante la mayor parte de los 25 años" y que el demandado reconviniente "se relacionaba en ámbitos con idiosincrasia conservadora".

¿Es esa realidad personal imputable a la actora? La respuesta negativa se impone.

Es más, se trae a colación un informe que refiere 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"; agregándose 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´".

Pero, entonces, ¿era la infidelidad o el contexto dinámico neurótico la causa del daño?

**VI. La arbitrariedad en la cuantificación del daño**

Párrafo aparte merece la cuantificación de la reparación.

La dificultad que afrontó esta Cámara para cuantificar este tipo de daños es evidente; seguramente, no recibió en una audiencia a las personas comprometidas en el litigio; no es un tribunal especializado en cuestiones familiares, tal como lo pretende el art. 706 del CCyC, etc.

No obstante, tales inconvenientes no la relevaban de motivar razonablemente la sentencia.

Las viejas sentencias contenían afirmaciones amplias, tales como: "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". No parece que este argumento sea suficiente para cuantificar la gravedad del daño.

Las supuestas "dificultades para continuar su vida afectiva y no recluirse en el pasado" no pueden ser imputadas al ex cónyuge sin razonamientos suplementarios. El juez pudo legítimamente preguntarse si esa consecuencia tenía por causa el estado psicológico inestable del marido previo a la infidelidad.

**VII. El fantasma de la culpa en cuerpo presente en los daños y perjuicios**

No ignoramos que en otros países que han adoptado el régimen de divorcio sin expresión de causa, la culpa también ha intentado filtrarse a través de los daños y perjuicios.

En España, tras la entrada en vigencia de la ley 15/2005, se advirtió un incremento de los casos en los que los jueces debieron expedirse sobre la procedencia o no del resarcimiento por el daño moral emergente del incumplimiento de los deberes conyugales. El aumento de estos planteos demuestra que la culpa, otrora canalizada a través de la configuración de las causales subjetivas de divorcio, se filtra hoy en el campo de los daños.

Es dable pensar que el panorama ibérico puede reproducirse en nuestros tribunales. En tal caso, cabe señalar que la jurisprudencia ibérica mayoritaria rechaza la pretensión indemnizatoria del cónyuge dolido por el incumplimiento del deber de fidelidad y, en general, considera a los deberes conyugales como meros deberes morales [(41)](#FN41). En esa línea argumental, se afirma [(42)](#FN42) que no parece tener cabida esta nueva forma de sancionar al cónyuge imponiendo penas económicas en función de su conducta cuando ésta se aleja de las reglas morales socialmente establecidas, más aún, si se advierte el carácter resarcitorio y no punitorio del derecho de daños, cuya finalidad es la reparación de los perjuicios injustamente sufridos y no la sanción al sujeto que los ocasiona.

En suma, resulta imprescindible que el operador sepa marcar la línea divisoria entre los supuestos de conductas de un cónyuge que pueden dar origen a una indemnización por el daño sufrido, sin que esa solución suponga reintroducir la culpa en los deberes morales matrimoniales [(43)](#FN43), y las conductas no exigibles a los cónyuges [(44)](#FN44) que no dan acción para reclamar su cumplimiento ni indemnización alguna [(45)](#FN45).

Recuérdese a Ciuro Caldani: "por lo general, las cuestiones de familia que se llevan a litigio judicial siempre exhiben ingredientes dolorosos, cuya recomposición sólo muy parcialmente puede ser subsanada por los jueces; ello porque el valor amor no puede ser suplido por valores jurídicos". [(46)](#FN46)

**VIII. Breves palabras finales**

1. Los daños derivados del divorcio se desprendían del régimen subjetivo, siendo su causa la violación de algún deber jurídico conyugal el que, al configurar un hecho ilícito, generaba el deber de reparar. El régimen jurídico vigente giró 180 grados. El Código Civil y Comercial recepta un único sistema de divorcio sin expresión de causa, en el que la fidelidad adopta otro lugar, alejado de la mirada y valoración de los magistrados.

2. No existen razones que permitan determinar la ilicitud de la conducta de la o el cónyuge por el incumplimiento del deber moral de fidelidad, por más reproche que esa conducta pueda producir en el plano personal del juzgador.

3. El Poder Judicial no está al servicio de las venganzas y disputas de los cónyuges que agravan y perjudican las relaciones familiares. La idealización de lo que para una mirada tradicional debiera ser el matrimonio no puede forzar a un resarcimiento económico, en clara oposición a los presupuestos de la responsabilidad civil.

4. Es erróneo sostener que la transgresión del deber de fidelidad constituye un ataque al honor o configura una lesión o injuria irreparable. La infidelidad, como tantas otras conductas de los cónyuges, forma parte de dinámicas relacionales [(47)](#FN47).

5. El divorcio sin expresión de causa tuvo detractores solapados que se negaron a aplicar el régimen que implementa el nuevo Código a los juicios en trámite. Las acciones de daños y perjuicios muestran la misma resistencia y dificultad de salir del statu quo, del conservadurismo y la mirada religiosa que se pretende seguir manteniendo en el matrimonio.

6. No hay que temer al debate que aquí se explicita y se enfrenta. Así son las verdaderas conquistas; tienen sus momentos de entendibles tensiones. Lo fundamental, como siempre, consiste en dar buenas razones.

 (1) "Ninguna norma del Código Civil garantiza a las personas que pasan por este mundo un estado de felicidad, ni que la ruptura de esa felicidad deba ser indemnizada por quien la ha roto. Hay una regla del riesgo general de la vida y es que el vivir entraña problemas, dificultades y disgustos que nadie tiene por qué indemnizar". DÍEZ PICAZO, Luis, "Daños civiles en el matrimonio", Revista Otrosí, enero-marzo 2011, Madrid, p. 7.

 (2) CS "Santa Coloma Luis y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", del 05/08/86, LA LEY, 1987-A, 142; ED, 120-649, con nota de BORDA, Guillermo, "El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar".

 (3) Sobre el derecho transitorio o intertemporal, nos hemos expedido in extenso en anteriores oportunidades, por lo que remitimos a KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 135 y 136 y especialmente, Segunda Parte, 2016, p. 103; HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", v. 1, Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 23/25; CULACIATI, Martín M., "La aplicación inmediata del Código Civil y Comercial a los divorcios en trámite sin sentencia firme", LLBA, 2015 (diciembre), 1190; cita online: AR/JUR/33885/2015; entre otros.

 (4) En cualquier caso, el tribunal debió denominarlo "indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741, CCyC).

 (5) El contenido del deber de fidelidad no surge ni expresa ni implícitamente de la Constitución Nacional. Mucho menos puede deducirse de principios naturales de carácter universal. Por el contrario, se trata de una creación doctrinal y jurisprudencial en la que subyacen modelos y valores sociales, religiosos y culturales (Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 258).

 (6) Si bien la convivencia también es considerada un deber jurídico, lo cierto es que en el marco de un divorcio incausado, tal deber queda, en la práctica, asimilado a un deber moral debido a la falta de previsión o consecuencia jurídica que se derivaría de su incumplimiento.

 (7) MOLINA de JUAN, Mariel, Comentario art. 431, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial cit., v. 2.

 (8) El derecho latinoamericano presenta escasas normas sobre el particular. En Costa Rica, el art. 48 bis del Código Civil dispone que: "De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, juntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil". El artículo 144 del Código de Familia de Bolivia prevé que "Independientemente, el cónyuge culpable puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio".

 (9) MEDINA ALCOZ, Ana María, "La función de la responsabilidad civil extracontractual", en Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, España, 2002/2004, p. 490.

 (10) CNCiv., en pleno, "G., G.G v. B de G., S. M.", del 20/09/94, LA LEY, 1994-E, 538; JA 1994-IV, 549; DJ, 1994-2-1171.

 (11) Véase FAMÁ, María Victoria - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional" (Columna de Opinión), LA LEY, diario del 11/05/2005, p. 1.

 (12) Ver entre otros BORDA, Guillermo, "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio", ED, 147-813; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa, "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LA LEY, 2015-C, 1280; HERRERA, Marisa, "El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Especial Familia en el Código Civil y Comercial (primera parte), diciembre, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 53; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Daños entre familiares", LA LEY, 2015-A, 562; SÁNCHEZ, Lorena A., "El deber moral de fidelidad en el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (agosto), p. 62; ROVEDA, Eduardo G. - SASSO, Marcela L. - ROBBA, Mercedes, "El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP, 2012 (julio), 36; MIZRAHI, Mauricio, "Familia, matrimonio y divorcio", Astrea, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., ps. 745/796; "Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas", JA, 1991-IV-680; "Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil", LA LEY, 1996-D, 1702; IBARLUCIA, Emilio, "El reclamo de reparación del daño moral por las causales subjetivas de divorcio. La correcta interpretación de la ley y la cuestión constitucional, RDF, 2010-45, 85; SOLARI, Néstor, "Responsabilidad civil y divorcio", LA LEY, 2001-D, 1182; y "El daño moral en el divorcio", LL Noroeste, 2006-901.

 (13) CNCiv, sala F, "V., C. A. v. R. M., D.", del 05/09/12, Abeledo Perrot online: AP/JUR/3004/2012.

 (14) Es decir, que "el resentimiento es el principal factor de estancamiento de los afectos, y por consecuencia, también de los procesos judiciales". HUSNI, Alicia - RIVAS, María Fernanda, "Divorcio y Violencia, de la contienda a la despedida", RDF, 2009-44, 109.

 (15) La bastardilla nos pertenece.

 (16) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 576. La bastardilla nos pertenece.

 (17) SC Mendoza, sala I, "P. M. A. del R. c. A. J. A. p/ divorcio vincular contencioso. División de sociedad conyugal p/recurso ext. de inconstitucionalidad", del 11/03/16, LLGran Cuyo 2016 (agosto), 475; LLGran Cuyo 2016 (septiembre), 513. RDF, 2016-V, 87; Cita online: AR/JUR/13582/2016.

 (18) CNCiv., sala H, "S., J. J. c. G., M. M. s/divorcio y daños y perjuicios", del 21/04/16, DFyP 2016 (octubre), 48 con nota de Silvina A. Bentivegna, cita online: AR/ JUR/21481/2016.

 (19) Artículo 52, CCyC.- Afectaciones a la dignidad. 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, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

 (20) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Constitución, familia y matrimonio", LA LEY, 2007-F, 487.

 (21) COUTURE, Eduardo J., "El arte del derecho y otras meditaciones", Fundación de Cultura Universitaria, Buenos Aires, 1991, p. 272.

 (22) Se trata de garantizar a cada sujeto el derecho a elegir su plan de vida, con facultades de determinar para sí la ética que regirá su vida familiar. La idea central es que la heteronomía en este ámbito, se emparenta con el autoritarismo. MIZRAHI, Mauricio L., "Hacia una reforma de la ley de divorcio", RDF, 2011-52, 23.

 (23) PASTOR VITA, J., "Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", RDF, 2005-32, España.

 (24) La obra más seria sobre el tema es, en nuestro país, la de DE LORENZO, Miguel F., "El daño injusto en la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996.

 (25) AGOGLIA, María Martha, "El daño jurídico. Enfoque actual", Ed. La Ley, 1999, Bs. As., p. 43.

 (26) GESUALDI, Dora M., "La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012", en RCyS, año XV, nº 7, julio 2013, pág. 5; de la misma autora, "La antijuridicidad en el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2012, en Rev. Derecho de Daños, 2012-3-229 y ss.

 (27) PICASSO, Sebastián, "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-E, 667; Conf. RUGNA, Agustín, "Antijuridicidad y responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", en ADLA, nº 21, Agosto 2016, ps. 119 y ss.

 (28) BUERES, Alberto, "La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-A, 835; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", en RCyS, año XVII, nº 4, abril 2015, ps. 38 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Los presupuestos de la responsabilidad en el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", en Rev. Derecho de Daños, 2012-3-136 y ss.; del mismo autor, "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación, en Rev. Código Civil y Comercial, edición especial, II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Nov. 2015, p. 3; CALVO COSTA, Carlos, "Derecho de las obligaciones", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016, t. 2, ps. 69 y ss.; CERUTTI, María del Carmen, "Antijuridicidad. Eximentes", en MÁRQUEZ, José F. (director) Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial, Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 76; PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Astrea, Buenos Aires, 2016, 2º ed., t. 1, nº 35 y ss.; RAMOS MARTÍNEZ, María F., "La antijuridicidad en el derecho de daños: Reflexiones sobre el régimen del nuevo Código Civil y Comercial: consolidación del principio constitucional alterum non laedere", en RCyS, año XVIII, nº 6, junio 2016, p. 13; BANCOFF, Pedro, "La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2016-VIII, p. 16, Cita Online: AR/DOC/1727/2016.

 (29) GALDÓS, Jorge M., "La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto", LA LEY, 2012-C, 1264.

 (30) CERUTTI, María del Carmen, "Antijuridicidad. Eximentes, ob. cit., p. 72.

 (31) IBARLUCÍA, Emilio A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional", LA LEY, 2012-A, 561; BESALÚ PARKINSON, Aurora, "La Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación: consideraciones en torno al régimen de responsabilidad civil", en DALLA VÍA, Alberto R. - GARCIA LEMA, Alberto. M. (directores), Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal, Bs. As., 2016, t. I, p. 250.

 (32) BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., "La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños", en RCyS, año XVII, nº 6, junio 2015, p. 30.

 (33) CALVO COSTA, Carlos, "Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial", en RCyS, año XVII, nº 4, abril 2015, p. 81.

 (34) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal, Bs. As., 2016, t. I, p. 85.

 (35) JALIL, Julián E., "El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2016-III, 15.

 (36) BORDA, Guillermo A., "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio", ED, 147-813.

 (37) CNCiv., en pleno, "G., G. G. v. B. de G., S. M.", del 20/09/94, LA LEY, 1994-E, 538; JA, 1994-IV-576.

 (38) CNCiv., sala B, "C., C.C. c. R., B. L. s/ divorcio", del 20/05/08, LA LEY, 2008-D, 199; elDial.com - AA4981.

 (39) CNCiv., sala G, "M., M. L. c. L., J. H.", del 12/04/12, La Ley online AR/JUR/9654/2012.

 (40) DOLTO, Françoise, "Cuando los padres se separan", Paidós, 1989, p. 123.

 (41) El Tribunal Constitucional español sostuvo que "si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación... no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible 'descausalizar' tanto la separación como el divorcio". Tribunal Constitucional, sala 1ª, auto nro. 140/2001, 4/06/2001, RTC 2001\140, publicado en Jurisprudencia Constitucional, tomo 60 (mayo-agosto 2001), Madrid, 2001, p. 1246.

 (42) FAMÁ, María Victoria, "Jurisprudencia española. La reparación por daños y perjuicios frente al divorcio incausado", cita online AP/DOC/1092/2013.

 (43) FAMÁ, María Victoria, "Jurisprudencia española. La reparación..., cit.

 (44) Puede verse Corte de Justicia de Río de Janeiro, Cámara 11ª, 31/8/2005, apelación civil nº 2005.001.13328, voto del juez José C. de Figueiredo.

 (45) En tal sentido, se ha dicho que: "hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos jurídicamente: derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir... No todo daño moral debe ser jurídicamente resarcido: la traición de un amigo, la desazón de no obtener un empleo, la frustración de un negocio, el desengaño amoroso, la decepción por no aprobar un examen, que el cónyuge no sea un atento y fiel compañero/a...". Ocurre que "no existe un derecho general a la felicidad que pueda ser ejercitado ni siquiera en el ámbito propio del matrimonio" (DE FILIPPIS, Bruno, "L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione en el divorzio", Cedam, Padova, 2003, p. 24, cit. por LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", en Revista InDret nº 4/2010, Barcelona, 2010, disponible en www.indret. com/pdf/783\_es.pdf

 (46) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, citado en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia Italiana", Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia, 2001-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 285 y 286.

 (47) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa, "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LA LEY, 2015-C, 1280.