

**Daño extrapatrimonial en el divorcio incausado.
Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deber moral de
fidelidad.**

TRABAJO FINAL DE GRADO



Alumno: Maria Virginia Espeche

Legajo: ABG06513

Carrera: abogacía

Resumen

Este trabajo de investigación tiene como objetivo determinar si corresponde la reparación del daño extrapatrimonial por los daños provocados de un cónyuge al otro por el incumplimiento del deber moral de fidelidad en el matrimonio.

Para llegar a una conclusión, se expondrán los conceptos generales del derecho de daños y del derecho de familia, con el propósito de lograr una mejor interpretación en el momento de establecer una relación entre las dos ramas de derecho, más específicamente el daño extrapatrimonial y el divorcio. Para establecer esta relación también, se someterán a análisis tesis a favor y en contra del tema en discusión, y se citará jurisprudencia nacional.

Abstrac

The aim of this research work is to determine whether the reparation of non-pecuniary damage for the damage caused from one spouse to the other by the breach of the moral duty of fidelity in the marriage corresponds.

To reach a conclusion, the general concepts of tort law and family law will be presented, in order to arrive at a better interpretation when establishing a relationship between the two branches of law, more specifically non-pecuniary damage and divorce. To establish this relationship also, thesis will be subjected to analysis in favor and against the subject under discussion, and national jurisprudence will be cited.

Indice

- **Introducción**

Capítulo I – Derecho de daños.

1. Derecho de daños. Introducción.
 - 1.1. Concepto
 - 1.2. El daño y el daño resarcible.
 - 1.3. Requisitos del daño resarcible
 - 1.4. Daño extrapatrimonial o moral
 - 1.4.1 Concepto y caracterización
 - 1.4.2 Reparabilidad del daño moral. Doctrinas.
 - 1.4.3 Valoración y cuantificación del daño extrapatrimonial. Valoración judicial del daño moral. Doctrinas de distintos criterios.
 - 1.4.4 Prueba del daño moral
 - 1.4.5 Legitimados activos.
- 1.5. Conclusión.

Capítulo II – Derecho de familia.

2. Derecho de familia. Introducción.
 - 2.1. Matrimonio. Concepto.
 - 2.1.1. Principio de libertad y solidaridad.
 - 2.1.2. Deberes y derechos. Deberes explícitos: cooperación, convivencia, deber moral de fidelidad.
 - 2.2. Divorcio incausado.
 - 2.2.1. Requisitos.
 - 2.3. Conclusión.

Capítulo III – El daño moral y el deber moral de fidelidad.

3. El daño moral y el deber moral de fidelidad. Introducción.
 - 3.1. Distintas interpretaciones en relación a la procedencia o no de la acción de daños y perjuicios ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales: posiciones a favor y posiciones en contra.
 - 3.2. Conclusión.

Capítulo IV – Jurisprudencia.

4. Jurisprudencia nacional. Introducción.
 - 4.1. Análisis de los fundamentos.

- Conclusión

- **Introducción.**

En el presente trabajo, se realizara un análisis de cada rama del derecho civil que involucra el tema en estudio. Dichas ramas son: a) el derecho de daños, haciendo hincapié en el daño extrapatrimonial y b) el derecho de familia, abarcando el deber moral de fidelidad en el divorcio incausado. A partir de ello, se determinara la responsabilidad o no del cónyuge dañador.

En base a lo expuesto, se analizara si la violación del deber moral de fidelidad en el matrimonio, al causar un daño a la persona de uno de los cónyuges, se considera una responsabilidad civil o no. Y en el caso de que lo sea, considerar si seria pertinente una reparación, teniendo en cuenta que el régimen actual de divorcio es incausado, dado que ya no se valoran en el divorcio las conductas culpables o no de los cónyuges.

Con la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial de la nación, la relación entre las normas que rigen el derecho de responsabilidad civil y las que regulan el derecho de familia, es materia de discusión y causa de avances y retrocesos en la legislación. Uno de los disparadores de esta discusión, es la problemática que presenta la reparación del daño extrapatrimonial producido en la persona damnificada ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad. La disyuntiva surge del análisis de los artículos 1716 y 431 ambos de código civil y comercial de la nación. El primero de ellos dispone: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación de daño causado, conforme con las disposiciones de este código” y el segundo prevé: “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”.

Con el nuevo régimen de divorcio incausado, el incumplimiento del deber moral de fidelidad no genera consecuencias jurídicas, sin embargo en el artículo 1716 está previsto que la violación del deber de no dañar a otro da lugar a la reparación del daño causado sin hacer ningún tipo de excepción, incluyendo tanto al daño patrimonial y al daño extrapatrimonial. Es así, que el artículo 1738 contempla los casos en los cuales resulta procedente el reclamo de la indemnización por daño extrapatrimonial: la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal y salud psicofísica, sus afectaciones espirituales legítimas y que resultan de la interferencia de sus proyectos. Daños que pueden ser provocados en la persona por no cumplir con el deber moral de fidelidad

De lo expuesto, podemos observar como dos normas del mismo ordenamiento no resultan congruentes entre si y da lugar a diferentes interpretaciones: interpretar textualmente el artículo 431 o hacerlo en relación al artículo 1716 y 1738.

A partir de dicha problemática, se desprende como objetivo general dilucidar si es factible la reparación de daños y perjuicios producidos en la persona, por el incumplimiento de uno de los deberes matrimoniales (el deber moral de fidelidad), o si son irreparables debido al nuevo régimen de divorcio incausado, donde la fidelidad es un deber moral y no jurídico.

En cuanto a los objetivos específicos se pretende brindar criterios de unificación en cuanto a la interpretación del artículo 431 del CCyC; y por otro lado indagar qué intereses quiso proteger el legislador imponiendo/nombrando el deber de fidelidad como un deber moral. Esto dará mayor seguridad jurídica y ayudara a los jueces a realizar una interpretación adecuada de estas normas ante controversias futuras.

En consecuencia, es viable preguntarse ¿Es procedente el reclamo de la indemnización por daño extrapatrimonial por los perjuicios que genere el incumplimiento del deber moral de fidelidad en el matrimonio al cónyuge damnificado?

Para finalizar, el presente trabajo se sistematizara de la siguiente forma:

Capítulo 1: “Aspectos generales. Derecho de daños”. Se abordaran los conceptos generales del derecho de daños, haciendo énfasis en el concepto de daño extrapatrimonial, con el fin de llegar a una mayor comprensión sobre la relación entre el derecho de daños y el derecho de familia.

Capítulo 2: “Aspectos generales. Derecho de familia”. Se conceptualizaran los aspectos generales del derecho de familia y de una de las instituciones más importantes como ser, el matrimonio y el divorcio.

Capítulo 3: “El daño moral y el deber moral de fidelidad”. Aquí se establecerá una relación entre ambas temáticas, analizando posiciones a favor, como así también las que rechazan la procedencia del reclamo de indemnización, por daños extrapatrimoniales, por el perjuicio que genera el incumplimiento del deber moral de fidelidad.

Capítulo 4: “Jurisprudencia nacional”. Por último, se analizaran los fundamentos de un fallo que su resolución se obtuvo al poco tiempo de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, en el auge de la discusión de la procedencia o no, de la indemnización por daños extrapatrimoniales, con causa en el incumplimiento del deber moral de fidelidad.

Capítulo I.-

1. Derecho de daños. Introducción

El derecho de daños es una rama del derecho que fue parte de un gran proceso evolutivo. Dicha evolución se produce con motivo de cambios culturales en la sociedad, al avance científico y tecnológico. En la actualidad no encontramos ante un sistema en el que tiene como centro a la víctima, con el objetivo de la protección de su persona, bienes y derechos.

Cuando hablamos de un daño podemos hacerlo desde dos campos distintos: a) el daño patrimonial y b) el daño moral, dependiendo si el menoscabo es producido en la persona, patrimonio o en los derechos colectivos o bien si existe un peligro de daño.

El daño producido o la amenaza de daño lo debemos asociar con la responsabilidad civil es decir con la obligación de indemnizar el detrimento producido, con la prevención de la producción de éste y no podemos dejar de lado la función punitiva para lograr el pleno desmantelamiento de los efectos del ilícito.

En este capítulo se analizarán el concepto de daños, los distintos campos del derecho de daños haciendo hincapié en el daño extrapatrimonial, las funciones de la responsabilidad civil y los presupuestos necesarios para que proceda dicha indemnización.

1.1. Concepto.

Según Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos (2014) el derecho de daños es la rama del derecho privado, que tiene por objeto prevenir el daño, reparar y eventualmente sancionar los efectos de un ilícito dañoso injustamente causado, con la finalidad de volver a la víctima al estado anterior en el que se encontraba antes de su producción. En caso de no ser posible, indemnizarla de manera sustitutiva con un equivalente en dinero.

Tiene tres funciones:

Función preventiva: esta función toma más importancia en los últimos años junto a la concientización del daño, es así que se incorporan normas referidas a la prevención del daño en la esfera de la responsabilidad civil.

Esta función es beneficiosa para damnificados potenciales. Hay que buscar prevenir la causación de un daño antes que repararlo, ya que en muchos casos esta reparación es relativa o sustitutiva y no es posible curar el menoscabo en su totalidad. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Es importante además mencionar que la prevención puede presentarse de dos formas:

General: opera de manera indirecta, por disuasión, y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal frente a la producción determinada de un daño. (Pizarro y Vallespinos, 2014, pp.262)

Específica: tiene cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas, por su frecuencia estadística, o por la magnitud de la dañosidad potencial que encierran o para proteger ciertos derechos que como son personalísimos, hacen a la dignidad humana. Se realiza frecuentemente mediante la imposición, a ciertos sujetos, de deberes especiales destinados a controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegadas, a través de la adopción de medidas de seguridad adecuadas o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño a detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada. (Pizarro y Vallespinos, 2014, pp.263)

Función resarcitoria: es la función más importante, sobre la cual se constituyó la idea de responsabilidad civil tradicional. Nos enseña Pizarro y Vallespinos “consiste en el cumplimiento de una prestación a cargo del responsable y a favor del damnificado, a través de la cual se hace efectiva la obligación resarcitoria que surge del hecho dañoso. (Pizarro y Vallespinos, 2014, pp. 217)

Se tiene en miras a la víctima, intenta colocarla en el estado anterior en que se encontraba antes del evento dañoso. Busca el restablecimiento del equilibrio alterado por el hecho dañoso es decir tiene como propósito lograr justicia y equidad. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

La reparación procede sea que el daño provenga de la violación del principio de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación ya que se nutren de los mismos principios. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Punitiva: se admiten en el derecho argentino distintas figuras de contenido sancionatorio dentro del llamado derecho de daños. En muchos casos, implica una pena civil pecuniaria. La pena civil a la que se hace referencia está ligada a la función preventiva de ciertos daños, como así también, a la punición y al planteo desmantelamiento de los efectos de ilícitos, ya que hay ilícitos que por su gran magnitud y gravedad requieren algo más que la mera

indemnización resarcitoria de los perjuicios causados para evitar que quien cause el daño siga obteniendo un beneficio. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

1.2.Daño y daño resarcible.

Daño en sentido amplio.

El concepto de daño se ve receptado en el código civil y comercial en el artículo 1737 que dispone “Concepto de daño. 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.

El daño es considerado como uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil. Entendiendo a la responsabilidad civil como la posible obligación de indemnizar puesta a cargo de quien a causado un daño a otro. (José Fernando Márquez, 2015)

En cualquiera de las tres funciones que tiene el derecho de daños preventiva resarcitoria o punitiva este elemento debe estar presente. (José Fernando Márquez, 2015)

Sobre la base de las ideas expuestas observamos que, el alcance del daño se extiende tanto a la lesión efectiva de un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, como así también al peligro de daño, en ambos caso hay responsabilidad. Sin daño no hay indemnización. Solo cuando se advierte que el daño está presente se verifican si nos encontramos ante los demás requisitos de la responsabilidad civil: nexo de causalidad, antijuridicidad y el factor de atribución.

Como nos enseña en su obra José Fernando Márquez con palabras de Orgaz:

El daño es el primer elemento de la responsabilidad civil, que obliga al autor a su reparación [...] lo llamamos primero en la consideración metódica, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza a plantearse solo cuando existe el daño. (José Fernando Márquez, 2015, p. 210 cita a Orgaz)

Daño resarcible.

El daño resarcible son las consecuencias concretas perjudiciales de la lesión que se genera sean patrimoniales o espirituales, no es la lesión en si misma sino aquello que se debe indemnizar. Es la relación entre el daño y la consecuencia a diferencia del concepto de daño en sentido amplio como lo definimos en el punto anterior que es la relación entre el daño y la lesión.(Federico A. Ossola, 2016)

Resulta necesario transcribir los artículos del Código civil y comercial referentes al tema. En primer lugar, el artículo 1726 dispone: “son reparables las consecuencias dañosas que tiene nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”

Segundo, el artículo 1738 que establece: “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en el proyecto de vida”

Como lo expresa Zavala de González

“el daño resarcible no puede ser separado de su indemnización. La indemnización requiere un resultado como objeto resarcitorio. La noción genérica sobre la lesión a un interés es cimiento de ese daño reparable, pero debe complementarse con una visión funcional. La indemnización es consecuencia jurídica – efecto de derecho – de una realidad fáctica, equivalente a un menoscabo causado”. (Federico A. Ossola, 2016, p. 138 cita a Zavala de González)

1.3.Requisitos del daño resarcible.

Antes que nada resulta importante resaltar lo dispuesto en el artículo 1739 de código civil y comercial, el que reza:

“Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chances es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

De la lectura del artículo citado en el párrafo anterior, se desprenden los tres requisitos que se exigen para que el daño sea resarcible: a) cierto, b) subsistente y c) personal.

- Certeza del daño: el daño debe ser cierto y no hipotético. La certeza del daño es un requisito exigible cuando se trata de la lesión a un interés como así también, a las consecuencias jurídicas que genera el acto lesivo. En cambio, un daño puramente eventual o la hipótesis del daño no es resarcible. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

La existencia del daño debe ser cualitativamente demostrable aunque no se pueda determinar su quantum con precisión. (Pizarro y Vallespinos, 2014, p. 90).

No obstante el daño puede ser actual o futuro; a) Actual cuando al momento del dictado de la sentencia ya tuvo lugar tanto la producción del daño, como también sus consecuencias, en este caso la determinación del quantum indemnizatorio se lo puede hacer con mayor precisión y b) futuro, cuando el daño todavía no ha acontecido, pero las consecuencias jurídicas se presentan con un grado de probabilidad objetiva suficiente para suponer que razonablemente acontecerá y que será indemnizable. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Subsistencia: quiere decir que el daño cierto ya acontecido sigue intransigente es decir no ha sido resarcido por el responsable. En muchos casos los efectos del daño han sido sanados pero no por quien debe hacerlo, esto es sin la intervención del responsable estando aun subsistente la obligación resarcitoria. (Federico A. Ossola, 2016)

Personal: solo la persona que ha sufrido un perjuicio patrimonial o mora, sea de forma directa o indirecta, está legitimada para reclamar su resarcimiento; esto es, el o los identificados como damnificados titulares de la acción. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Se identifican dos tipos de damnificados:

- el damnificado directo: es quien sufre la lesión de un bien jurídico propio; y que repercute en un interés jurídico propio que causa el daño (consecuencia). (Federico A. Ossola, 216 pp.142).
- damnificado indirecto: es quien, en razón de la lesión de un bien jurídico.
- o ajeno sufre la lesión de un interés jurídico propio que le causa el daño (consecuencia). (Federico A. Ossola, 216 pp.142).

1.4.Daño extrapatrimonial.

1.4.1. Concepto.

Zavala de González lo define como:

Una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, es decir, con más precisión una modificación disvaliosa en el espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión o interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial. (Pizarro y Vallespinos, 2014, p.88 cita a Zavala de González).

De ahí que, con referencia al concepto expuesto podemos decir que, se le asigna al daño extrapatrimonial un contenido propio y distinto al contenido del daño patrimonial. En el primero el detrimento se produce en la subjetividad de la persona proveniente de la lesión a un interés no patrimonial, y en el daño patrimonial el menoscabo resulta de la lesión a

intereses patrimoniales, afectando al patrimonio en si mismo sean sus elementos actuales o sus posibilidades futuras de obtención.

El espíritu es el que sufre la modificación disvaliosa. Comprende varios aspectos de la personalidad como es lo meramente afectivo o sentimental, incluyendo así también otras perspectivas de la personalidad como es la capacidad de querer y entender. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Por otra parte es importante dar a conocer que las personas jurídicas no están legitimadas para reclamar daño extrapatrimonial ya que carecen de subjetividad. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Luego de una serie de reflexiones expuestas con anterioridad podemos concluir que no es necesaria la presencia de sensibilidad o de dolor para que se considere que el hecho generador del daño trajo como consecuencia un menoscabo en el espíritu de la persona.

1.4.2. Reparabilidad del daño moral. Doctrinas.

Hay doctrinas que niegan que sea reparable y otras que lo admiten, sus diferencias están en los fundamentos que se exponen en cada una.

Doctrinas que niegan que el daño moral sea indemnizable: según esta doctrina expuesta por Bibiloni, el daño moral no es indemnizable por los siguientes fundamentos:

- Su reparación atentaría contra elementales principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente, sobre parámetros totalmente arbitrarios.
- La imposibilidad de estimarlo de manera exacta bajo cánones pecuniarios, no existirían parámetros objetivos para ponderar su entidad cuantitativa.

- Importaría un enriquecimiento sin causa del damnificado. (Pizarro y Vallespinos, 2014, p.106)

Pizarro y Vallespinos (2014) critican esta postura exponiendo los siguientes fundamentos:

En primer lugar es una tesis que no puede ser adoptada porque ello importaría reducir al derecho a la esfera de la protección de los intereses patrimoniales.

Segundo la reparación es pecuniaria. El dinero que se entrega para cumplir con la obligación de reparar cumple una función netamente satisfactoria, a diferencia de la indemnización de daños materiales que busca restablecer el equilibrio a través de una equivalencia pecuniaria que resulta más o menos exacta. Es decir no se trata de alcanzar una equivalencia exacta de índole patrimonial, sino de brindar una satisfacción o compensación jurídica al damnificado. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Si bien no es posible determinar con exactitud un monto que sea cuantitativamente sustitutivo del menoscabo sufrido por el damnificado, no es un argumento que tenga sustento suficiente como para negar la indemnización de este tipo de daños, ya que este problema no es propio y exclusivo del daño no patrimonial, muchas veces se presenta a la hora de cuantificar la indemnización del daño patrimonial en rubros como el daño futuro y el lucro cesante. (Pizarro y Vallespinos, 2014)

Doctrinas que admiten la indemnización del daño moral.

La doctrina moderna admite la indemnización del daño moral, respaldándose en distintos argumentos, por lo cual surgen distintas líneas de pensamientos que analizaremos.

Doctrina de la pena o sanción ejemplar: quienes adhieren a este pensamiento, entre ellos Llanbias, sostienen que la indemnización constituye una pena civil, mediante la cual se reprueba de manera ejemplar la falta cometida. Suelen representarse con los mismos argumentos que las teorías que niegan la indemnización del daño moral, difiriendo en un aspecto fundamental ya que consideran que el daño debe generar consecuencias jurídicas

relevantes con entidad suficiente para considerarse que debe ser reparadas mediante el pago de una indemnización de carácter sancionatorio.(Pizarro y Vallespinos, 2014, pp.108)

Doctrina del resarcimiento del daño moral: es la doctrina dominante del derecho moderno, admite el carácter resarcitorio de la indemnización del daño moral. Propone una tendencia justa y equitativa porque pondera con un criterio realista la situación de la víctima. Edifica el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que deben ser reparados provengan de conductas culposas, dolosas o con factores objetivos de atribución. Debe medirse de manera objetiva y no debe variar según la mayor o menor malignidad del ofensor. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Si el carácter de la reparación fuese punitivo y no resarcitorio, no se justificaría que la indemnización del daño moral se entregue a la víctima. Debe existir coherencia en tal razonamiento, la víctima debería carecer de derecho a percibir importe alguno ya que, de lo contrario, se estaría enriqueciendo sin causa a expensas del dañador. (Orgaz; citado por Pizarro y Vallespinos, 2014, pp.109)

Doctrina del doble carácter resarcitorio y sancionatorio: siguiendo lo expuesto por Pizarro y Vallespinos en su obra, autor que no comparte esta postura nos dice que, parte de la doctrina se pronuncio por ideas más moderadas, entendiendo que la indemnización del daño moral puede asumir un doble carácter, tanto sancionatorio como resarcitorio. La doctrina moderna no comparte esta tesis porque admitir esta doble función resulta funcionalmente contradictorio porque son antagónicas y no pueden conciliarse. La tesis de la pena y del resarcimiento presenta diferencias muy marcadas tanto en sus fundamentos como en su aplicación práctica que impiden que puedan conciliarse. Esta tesis es aceptada por Alvarez Vigaray, Morello, Zannoni, BoffiBoggero. (Pizarro y Vallespinos, 2014, pp.109)

1.4.3. Valoración y cuantificación del daño extrapatrimonial.

La valoración del daño extrapatrimonial y la cuantificación de la indemnización son dos temáticas íntimamente relacionadas que generaron grandes controversias en su aplicación práctica. Controversias que se generan como consecuencia de los abusos en la facultad de discrecionalidad que tienen los jueces cayendo en la arbitrariedad. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

Problemática de gran interés para abogados mas aun aquellos que desempeñan la tarea jueces ya que los criterios para valorar el daño y determina su cuantía en cada caso concreto se encuentran solo expuestos en jurisprudencias. En ellas quedan evidencia escrita de la subjetividad a la hora de adoptar los criterios. En muchas oportunidades la valoración y la cuantificación va a depender del juez que se avoque a la causa y de la doctrina y criterios que siga. No hay criterios uniformes para equiparar la valoración y cuantificación en los distintos caso, es así como un caso concreto puede variar según el tribunal en el que se radique la causa, muchas veces perjudicando al damnificado por no cumplir con el principio de reparación plena y otras veces al demandado al estimar una indemnización exorbitante superando lo que se considera normal o razonable. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

Ahora bien es necesario recalcar la diferencia entre valorar el daño y cuantificar la indemnización, si bien son dos acciones que se encuentra íntimamente relacionadas son distintas.

Zannoni explica esta diferencia:

En tanto el daño sustantiviza un concepto jurídico abstracto, la valoración y cuantificaciones de los daños y de su indemnización “implica ya un esfuerzo de particularización, de concreción”, lo cual supone “a partir de los elementos que nos proporciona el concepto jurídico abstracto, una suerte de individualización casuística que, no es ocioso señalarlo, presupone también generalizaciones de aquel.(Zannoni; citado por Pizarro, 2004, pp. 418).

En primer lugar se debe valorar el daño. Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, o en palabras de Zavala de González “es esclarecer su contenido intrínseco o composición

material, y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras” (Zavala de González; citada por Pizarro, 2004, pp. 419).

En segundo lugar se debe realizar la cuantificación de la indemnización. “El proceso de cuantificación del daño procura determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización, para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento” (Ascarelli; citado por Pizarro, 2004, pp. 419)

Cuando se cuantifique el daño hay que tener en cuenta que el monto que se estime para la indemnización debe cumplir con la función sustitutiva y satisfactiva. El dinero que se entrega en concepto de indemnización debe permitir al dañador la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquella sufridas por el damnificado como consecuencia del menoscabo sufrido en el espíritu de esa persona.

El artículo 1741 último párrafo del código civil y comercial dispone: “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”

Como complemento Zavala de González proporciona algunas pautas a tener en cuenta por los jueces al momento de fijar el quantum de la indemnización, estas son:

- peligro o riesgo padecido a consecuencia del ilícito.
- Molestias o padecimientos que a consecuencia de la lesiones físicas o psíquicas que el damnificado a debido sobrellevar.
- Incapacidad psicofísica que haya afectado a la víctima.
- Su edad.
- Lesión estética o funcional.
- Existencia probada de una pérdida económica.

Todas estas pautas se deben tener en cuenta para determinar en qué medida afecta al espíritu o personalidad de la persona dañada.

Valoración judicial del daño moral. Doctrinas de distintos criterios.

Es importante mencionar además que hay distintas teorías en la cuales se adoptan distintos criterios. Para analizar estas doctrinas seguiremos a lo expuesto por Pizarro, (2004) en su obra “daño moral”.

- Doctrina que valora el daño moral por su relación con el daño patrimonial.

Para ésta doctrina hoy superada, el daño moral se determina en relación al monto indemnizatorio determinado para reparar el daño patrimonial. Si bien el juez a la hora de valorar y cuantificar el daño debe tener en cuenta las circunstancias propias del caso concreto, debe fijar un quantum que tenga relación con el monto que se debe pagar para indemnizar daños patrimoniales.

Esta posición fue criticada, porque en muchas ocasiones el hecho dañoso es generador de daño moral, sin que esto signifique necesariamente deban producirse un detrimento en el patrimonio de la persona, o que el daño patrimonial sea ínfimo en relación al daño moral. No obstante, puede suceder a la inversa que la magnitud del daño patrimonial sea relevante y el daño moral no exista, o bien sea insignificante. De ahí que se presentarían numerosas situaciones de injusticia. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

- Doctrina que valora el daño moral en base a criterios puramente subjetivos del juzgador.

Para esta posición, el juez haciendo uso de su facultad absoluta de discrecionalidad, es a quien le corresponde ponderar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si existe o no daño moral, determinar su alcance y estimar un monto indemnizatorio. La valoración y la cuantificación del daño moral queda librada a la pura subjetividad del magistrado y a su criterio de justicia.

La crítica a esta postura tiene sus fundamentos en que en muchas ocasiones los juzgadores caen en un exceso de subjetivismo, que trae como consecuencia que se determinen indemnizaciones a daños morales inexistentes, o que no tenga relación con el hecho

productor del daño o que se fije un monto por debajo o inferior al que corresponda en relación al menoscabo sufrido por el damnificado. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

- Doctrina que valora el daño moral en función a la falta cometida por el responsable.

Para esta posición la magnitud de la falta cometida por el responsable es determinante en el momento de valorar y cuantificar el daño moral. Quienes participan de esta postura comparten las ideas y fundamentos de la doctrina de la sanción ejemplar la cual postula que la indemnización del daño moral tiene carácter sancionatorio, una pena civil impuesta al responsable. Esta doctrina ha sido superada y no aceptada. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

Se critica esta doctrina porque tiene como centro el dañador, su finalidad es sancionarlo o castigarlo, mediante la imposición de un monto en dinero asimilándose a una pena civil. Deja de lado la verdadera función de la indemnización que es la de reparar el daño que sufre la víctima. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

La correlación entre la gravedad de la falta y la magnitud del daño no necesariamente deben estar presentes. A veces una falta insignificante puede provocar un detrimento moral (o patrimonial) enorme e, inversamente, una mucho más grave, por mediar dolo en la conducta del dañador, puede generar un menoscabo moral de orden menor. (Pizarro, 2004, p. 427).

- Doctrina que valora la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado.

Esta doctrina es la dominante en el derecho moderno, sostiene que para valorar y cuantificar el daño moral no hay que perder de vista como parámetro la gravedad objetiva del daño causado. (Ramón Daniel Pizarro, 2004)

“La ponderación debe efectuarse con criterios equitativos y no arbitrarios, para lo cual es preciso que el razonamiento del juzgador se asiente sobre unos parámetro básicos de apreciación, de suerte que, su decisión sea suficiente y correctamente motivada e inmune a la presencia de vicios lógicos.

Deben pues individualizarse los criterios de mérito ponderables para la valoración y cuantificación del daño moral, a la luz de la doctrina y jurisprudencia dominante” (Pizarro, 2004, pp. 427 y 428).

1.4.4. Legitimación.

El artículo 1741 del código civil y comercial dispone: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible”.

Analizamos el artículo separando cada supuesto:

Damnificado directo: como regla el damnificado directo es el legitimado, la víctima es la única que puede reclamar la indemnización, salvo en casos excepcionales expresamente dispuestos por el código, en caso de gran discapacidad y de muerte de la víctima.

Damnificados indirectos: en casos de muerte o gran discapacidad están legitimados a título personal los ascendientes, descendientes, cónyuges y convivientes que reciban trato familiar ostensible.

En este sentido la reforma introdujo importantes cambios.

Por un lado tenemos que legitima a título personal a los damnificados indirectos. Este cambio es meritorio ya que tiene en cuenta a los familiares más cercanos de la víctima que sufren daños como consecuencia de los daños producidos a la propia víctima, sobre ellos pesan los sufrimientos de la víctima incapacitada o muerta.

1.5.Conclusión

Podemos concluir verificando el derecho de daños evoluciono y en la actualidad tiene como objetivo proteger a la víctima imponiendo un sistema que la ubica como centro. Es así que la con la necesidad de proteger a la persona, la figura del daño extrapatrimonial tiene mayor relevancia con el pasar del tiempo, podemos comprobarlo con la unificación del daño patrimonial y extrapatrimonial que se realiza en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al legislar la materia.

Capítulo II.-

2. Derecho de familia. Introducción.

En esta rama del derecho hubo modificaciones de gran relevancia en las distintas instituciones. Estas modificaciones surgen como consecuencia de los cambios que se produjeron en la sociedad, por lo que se tuvo que adaptar la legislación teniendo en cuenta dichos cambios, como también a la jurisprudencia de los últimos años.

En este capítulo analizaremos, las modificaciones estructurales que sufrieron algunas de las instituciones más importantes del derecho de familia en sus procesos, por un lado a) el matrimonio, con todo lo referente a los deberes y derechos recíprocos de los cónyuges; y por otro lado b) el divorcio.

2.1. Matrimonio.

El matrimonio es una de las instituciones más importantes del derecho de familia, es la base de toda familia. (Alicia García de Solavagione, 2016, p.191)

El artículo 172 del código civil derogado disponía como requisito, que un hombre y una mujer deben prestar su consentimiento pleno y libre, ante la autoridad competente para que existiera el matrimonio. Esto es, el matrimonio como requisito esencial, debía ser contraído entre personas de distintos sexos.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico actual se ha eliminado el requisito de diversidad de sexos, admitiéndose la celebración del matrimonio entre personas tanto de igual como de distintos sexos. Así también, surge en forma novedosa que el matrimonio puede ser celebrado entre dos personas de sexo idéntico que poseen documentación que los identifica como de distintos sexos o bien, entre personas de distintos sexos con documentación que los identifica como de igual sexo. (Jorge O. Azpiri, 2015)

Por su parte es necesario el art 406 del CCyC que recepta la afirmación precedente, el cual dispone: que solo se requiere para la existencia del matrimonio el consentimiento de ambos contrayentes, expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto los casos del matrimonio a distancia.

Concepto.

El matrimonio es la base necesaria de la familia legítima. (Alicia García de Solavagione, 2016, p.191 cita a Borda).

Por su parte, Fanzolato considera que se trata de una institución jurídica, basada en el consentimiento mutuo, constituida por la unión formal, aconfesional o civil, exclusiva, exogámica, igualitaria, estable y plena de dos personas denominadas contrayentes, que los emplaza en el estado de familia de cónyuges o esposos, del que derivan importantes derechos y deberes, regidos por un estatuto legal de orden público que impone el estado. (Alicia García de Solavagione, 2016, p.192)

El matrimonio es una de las instituciones más importantes del derecho de familia, porque es la base para consolidar la familia.

Es necesario explicar además que diferencia del código derogado que solo admitía un tipo de familia, la ley hoy regula distintos tipos de familias, a como son: a) las familias matrimoniales que pueden estar compuestas por un hombre y una mujer con descendencia o no, b) las familia en donde dos personas del mismo sexo contrajeron matrimonio con sus hijos o no, c) también nos encontramos con las familias extramatrimoniales las hoy legisladas por el código como uniones convivenciales, las cuales deben cumplir con una serie de requisitos establecidos en la ley y, d) la familia ensamblada esto es, cuando se celebra el matrimonio entre personas de distinto o igual sexo, con la particularidad que uno o ambos contrayentes ya tenían descendencia con otra persona. (Jorge O. Azpiri, 2015)

Por otro lado, esta institución jurídica tiene como efecto el surgimiento de derechos y deberes para los cónyuges, que serán desarrollados más adelante. En esta oportunidad solo adelantaremos que aquellos deberes que antes eran jurídicos con la entra en vigencia del código civil y comercial se los categorizo a parte de ellos como morales. (Alicia García de Solavagione, 2016)

2.1.1. Principio de libertad y solidaridad

La libertad.

En esta ocasión teniendo en cuenta lo expuesto por Alicia García de Solavagione (2016) en su obra Derecho de familia, se analizara el principio de libertad desde una perspectiva

personal, es decir la libertad como imperativo de la voluntad, teniendo en cuenta al sujeto como parte de una familia matrimonial.

El principio de libertad es común en todo el ordenamiento jurídico, pero cobra mayor importancia en el derecho de familia ya que se le da una dimensión diferente. Es el derecho a la libre decisión y a la autodeterminación. Implica la capacidad del individuo a realizarse con completa autonomía.

Es así, que se puede optar por casarse o no, formar una familia o no, de que esa familia sea matrimonial o extramatrimonial, como así también de no permanecer casado. Esta es la base del principio de libertad en el derecho de familia.

Esta dimensión define el principio de la libertad de la personas es decir toda persona es libre de elegir su propio plan de vida, sin la intervención del estado con respecto a la pautas de moralidad de cada individuo. El artículo 431 del código civil y comercial establece que en el matrimonio los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, convivencia y en el deber moral de fidelidad.

En oposición al principio de libertad en las relaciones de familia la Dra. García de Solavagione afirma que la familia como comunidad no se encuentra protegida, sino que se protegen los derechos individuales de sus integrantes. Existe una preminencia de los intereses individuales respecto de los intereses del grupo familiar. Se percibe un aumento y acentuado reconocimiento de las autonomías y potencialidades de las personas integrantes del grupo familiar, sin el simétrico desarrollo de las responsabilidades basadas en la solidaridad familiar. (Alicia García de Solavagione, 2016, pp. 210 - 211)

Sobre la base de las ideas anteriores, si bien el individuo tiene libertad de contraer matrimonio, de procreación o libertad sexual, no se debe magnificar la libertad que corresponde que se le otorgue, puesto que, esto llevaría en muchos casos a desconocer el derecho superior que tiene el estado a organizar la familia como base de la sociedad.

La solidaridad.

La solidaridad legal es una responsabilidad que se genera entre sujetos que tienen una relación jurídica en común. No se trata de una igualdad de prestaciones sino, de situaciones fácticas que originan responsabilidad. (Medina G. 13/04/2016 publicado en La ley. Principios del derecho de familia)

Por la entidad que le otorgo el código civil y comercial a la libertad individual y a la autonomía de voluntad la familia encuentra consistencia o concordancia en el principio de solidaridad, que es fundamental para el desarrollo de la personalidad de las personas que la conforman.

Marcos Córdoba en la obra de Medina Graciela publicada en La ley (13/04/2016) enseña que:

La solidaridad es una virtud contraria al individualismo y busca el bien común. Su finalidad es intentar solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás y se produce como consecuencia de la adhesión a valores comunes, que lleva a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales. El dinamismo de la solidaridad gira en torno del reconocimiento de las diferencias entre los humanos, postula la universalidad de sus derechos esenciales y se orienta primariamente hacia quienes sufren. La finalidad del principio de solidaridad es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad; ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. (Medina G. 13/04/2016 publicado en La ley. Principios del derecho de familia)

De lo expuesto por Córdoba podemos concluir que por la tendencia que se está produciendo en el Derecho de Familia, la solidaridad va a ser en unos años, el único elemento en común que posean los diferentes tipos de familia.

2.1.2. Deberes y derechos.

En nuestro ordenamiento civil están enumerados los deberes y derechos de los cónyuges en el artículo 431, por lo que se hace necesario transcribirlo, en el se contempla “Asistencia. 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”

Analizaremos la norma citada teniendo en cuenta los fundamentos de Ricardo Luis Lorenzetti en su obra titulada Código civil y comercial de la nación comentado- Tomo II.

En primer lugar, la norma citada establece los derechos y deberes de los cónyuges, de los cuales resultan los efectos personales que se originan a partir del matrimonio.

La última reforma del código trajo aparejado modificaciones de gran relevancia, con incidencia sobre los derechos y deberes de los cónyuges. En el código derogado, los deberes se los regulaba como deberes jurídicos. En la actualidad la norma considera al deber de fidelidad como un deber moral y al deber de cohabitación se lo debe interpretar dentro de la misma orbita.

De ahí que ante el incumplimiento o violación deber de fidelidad y de cohabitación, de forma que su sanción sería de su misma naturaleza, es decir, moral y no jurídica.

Es consecuencia directa, de pasar de un sistema de divorcio causado o culpable a un sistema incausado. Al derogarse la legislación en donde se receptaba un sistema de divorcio causal, la fidelidad y la cohabitación dejan de ser una exigencia legal para convertirse en un deber de carácter netamente moral. No obstante a haber dejado de pertenecer a la esfera legal, el legislador estima conveniente conservarlos en la letra del ordenamiento jurídico, como modo de impulsar valores entre los cónyuges y en la familia y lograr el fin de la institución del matrimonio. Así se advierte la clara diferencia del régimen derogado, en donde la violación de estos deberes, en ese entonces jurídicos, importaba la disolución del matrimonio como sanción, configurando una causal subjetiva.

Estos cambios surgen como respuesta a la necesidad de que el ordenamiento jurídico debe admitir y receptar las transformaciones sociales, entre ellas las que se observan en las relaciones de familia.

Por otro lado, en un sistema en donde la autonomía de la voluntad es la regla cuando hablamos de deberes- derechos matrimoniales y estos deberes son de contenido netamente moral, se está haciendo referencia a la posibilidad que se les da a los cónyuges de decidir de forma conjunta llevar adelante un proyecto de vida y poder elegir qué tipo de proyecto y estructurarlo de forma tal que estén de acuerdo ambos cónyuges, más que hablar plenamente de un derecho- deber.

La autonomía como regla le da la ser humano la capacidad de decidir que hacer con su vida y diseñar su propio plan de vida, es decir, podrán acordar la modalidad en la que se desarrollara su vida matrimonial, y ante el incumplimiento de lo acordado saber que no habrá sanción legal sino solo moral y su exigibilidad jurídica es nula.

Es decir, el matrimonio no es solo un vinculo jurídico, sino y principalmente un vinculo moral- espiritual, basado en afectos y sentimientos que implican deberes éticos. Por eso el ordenamiento civil no puede absorber la realidad integra de la institución matrimonial y debe limitarse a dar forma de precepto jurídico a aquellas obligaciones morales en mayor medida indispensables al mantenimiento del grupo familiar. (Rolando Carlos H. pp.250; citado por Alicia García de Solavagione, 2016, pp.301)

Deberes explícitos.

Deber de cooperación.

En primer lugar es importante mencionar que “el deber de cooperación comprende la obligación de compartir esfuerzos y sacrificios en pos del ejercicio común y encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que se proyecta en el ejercicio de la responsabilidad familiar”. (Alicia García de Solavagione, 2016, p.313 cita a Molina de Juan Mariel, 2014)

Si bien el deber de cooperación esta receptado expresamente en el art 431, su regulación no se limita a lo expresado en dicho artículo. El legislador opto por tratar la cooperación dentro de las disposiciones que regulan los efectos tanto personales como patrimoniales del matrimonio. (Alicia García de Solavagione, 2016)

Por otro lado, el deber de cooperación tiene como base la solidaridad. El principio de solidaridad familiar está íntimamente relacionado con el deber de cooperación, en virtud de el compromiso que asumen los cónyuges y la responsabilidad que se genera entre los miembros del grupo familiar. (Alicia García de Solavagione, 2016)

Como explica García de Solavagione

“el deber de cooperación de los cónyuges surge del principio de solidaridad familiar, imponiéndoles la obligación de realizar aportes materiales y espirituales para la concreción del proyecto de vida en común, soportando mutuamente las cargas y responsabilidades derivadas de la familia y en este caso particular del matrimonio”.(Alicia García de Solavagione, 2016, pp.315)

Lloveras nos enseña en su última obra

“La cooperación alude a la solución de una táctica o habilidad que se puede aplicar al procedimiento o a la labor desarrollada por un conjunto de individuos o establecimientos que comparten un interés y un propósito, debido a que son utilizados como un sistema que facilitan la adquisición del logro o propósito que se planteó.

En definitiva este logro o propósito en el matrimonio es sin duda alguna el proyecto de vida en común al que hace referencia el art. 431 del ccc, siendo la cooperación un instrumento para su concreción. Comprende la obligación de compartir esfuerzos en pos del objetivo común y encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que, como se dijo, se proyecta en el ejercicio de la responsabilidad familiar.

Este deber de cooperación es de contenido moral no coercitivo de cumplimiento, y debemos entender que su nominación en el artículo 431 del ccc es solo un lineamiento para la construcción del proyecto de vida en común”. (Lloveras Nora, 2016, pp.221)

La convivencia.

Como se ha expresado a lo largo del desarrollo del tema, en el actual régimen la autonomía de la voluntad de los cónyuges se la debe interpretar con un criterio amplio, esto es, los cónyuges pueden optar por la convivencia o no en el matrimonio, difiriendo notoriamente de lo establecido en el régimen anterior, en el cual este deber era obligatorio con independencia de la voluntad de los contrayentes. (Lloveras Nora, 2016)

En otras palabras, será la propia voluntad de los cónyuges la que decidirá si el proyecto de vida en común al que hace referencia la norma podrá ser concretado conviviendo los esposos bajo un mismo techo, o bien, si para el efectivo cumplimiento de ese proyecto no será necesario la convivencia. (Lloveras Nora, 2016, pp.222)

Deber moral de fidelidad.

Es importante en primer lugar explicar que se entiende por fidelidad, de modo que siguiendo el concepto expresado por García de Solavagione: la fidelidad es la especial lealtad que se deben los cónyuges por causa del matrimonio en todos los aspectos de la vida. Este deber incluye a modo de ejemplo, la lealtad, sinceridad, honradez, confianza, el deber de abstenerse de mantener relaciones carnales con otras personas o realizar comportamientos que puedan afectar sentimientos o lesionar la reputación.

En segundo lugar diremos, que es un deber que se caracteriza por ser incompensable, es decir, la infidelidad de uno de los cónyuges no se la puede subsanar habilitando a la infidelidad del otro. (Alicia García de Solavagione, 2016)

Por otro lado en el código derogado, la infidelidad era una prohibición jurídica con consecuencias jurídicas, a diferencia de la naturaleza ética y moral que le dio el legislador en el actual ordenamiento jurídico a ese deber.

Al haberse extinguido la figura del divorcio con expresión de causa cuando hablamos de la violación al deber de fidelidad, ya no se hace referencia a una causal o motivo de divorcio,

dado que en la legislación vigente esta conducta no genera reproche jurídico en el derecho de familia, siendo ajeno a este. (Lloveras Nora, 2016)

Como expresa Ricardo Luis Lorenzetti en el comentario al artículo 431 del CCyC: sucede que el deber de fidelidad siempre ha tenido un valor axiológico de peso o diferencial dentro del listado de derechos y deberes matrimoniales. En este sentido se ha expresado “parece innegable reconocer, que una cosa es la fidelidad asumida por los esposos, en forma vital y hasta diríamos existencial, y otra muy distinta la fidelidad impuesta a los esposos no obstante el divorcio; porque aquella es riqueza de la unión y su transgresión constituye la más grave afrenta matrimonial, mientras que esta es carga de la separación y obligación formal de una unión que pertenece al pasado”

2.2.Divorcio incausado.

En materia de divorcio el código civil y comercial de la nación se tuvo que adaptar a los cambios sociales.

En primer lugar se elimino el carácter contradictorio del proceso y consecuentemente las causales subjetivas y objetivas.

Según García de Solavagione el fin de la eliminación de estas causales es darle un fin a los largos juicios que se llevan adelante para buscar el culpable de la disolución del matrimonio y la mayor o menor culpa del cónyuge dañador. En otras palabras, se valoran los motivos del divorcio, los cuales no son relevantes para la justicia, y traen como consecuencia exteriorizar los problemas y agravios que generan más conflictos entre los cónyuges y destruyen la familia en lugar de construir un buen vínculo.

De la experiencia de tantos años donde la legislación optaba por el divorcio contencioso queda demostrado el desgaste en la familia y cónyuges y los conflictos producto de este proceso que se generaban.

La legislación vigente opta por proteger las relaciones familiares por lo que el divorcio no debe ser causa de un conflicto entre los consortes, es decir, busca disminuir los conflictos conyugales que dieron fruto a la disolución del vínculo.

Se modifica de modo tajante todo el régimen anterior, dado que el código derogado establecía un régimen de divorcio causado y el código normativo vigente adopta un régimen incausado, unilateral o bilateral. A su vez quedan eliminados todos los plazos que antes se exigían para que la separación sea declarada judicialmente.

Esta postura del código le otorga mayor importancia a la autonomía de la voluntad que a los deberes del matrimonio como institución.

2.2.1. Requisitos.

El único requisito que se exige para poder solicitar el divorcio es que la petición de divorcio sea acompañada por una propuesta que regule los efectos derivados de este.

Lo establece el artículo 438 del Código Civil y Comercial en su primera parte reza “ toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta”

Como ya dijimos el divorcio puede ser pedido de forma unilateral o bilateral, aclarado esto se entiende que en el caso de la petición de divorcio bilateral se pueden plantear dos situaciones, que se presente en forma conjunta que en este caso ya no sería una propuesta reguladora sino un convenio regulador o que cada parte peticionante del divorcio lo haga en forma individual acompañando cada uno su propuesta reguladora distinta.

Cada parte debe acompañar los elementos que respalden la solución plasmada en la propuesta o, en su caso, convenio.

La propuesta o convenio debe ser por escrito, si bien la norma no dice nada al respecto, al dejar claro que la propuesta debe ser acompañada a la petición no queda duda que necesariamente deberá ser por escrito, sin que haga falta especificarlo.

Cuando se trata de la petición de divorcio unilateral la requerida tiene la posibilidad de presentar una contrapropuesta, no está obligada a hacerlo, como surge de la ley “Si el divorcio es peticionado por uno de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta” el término “puede” deja abierta la posibilidad de hacerlo o no en contraposición de la palabra “debe”.

Es necesario dejar en claro que hay una obligación en cuanto a la carga procesal de acompañar una propuesta reguladora o en su caso un convenio, pero no hay obligación de pactar o celebrar un acuerdo regulador para dar trámite al divorcio.

La sentencia de divorcio podrá dictarse sin haber llegado a un acuerdo, es decir la falta de acuerdo no impide la declaración judicial del divorcio.

2.3.Conclusión.

Del análisis de los artículos que regulan el derecho de familia podemos concluir en primer lugar que el legislador se propuso como objetivo primordial proteger las relaciones de familia, es por ello que el proceso de divorcio se modificó casi en su totalidad, pasando de un sistema de divorcio contencioso con expresión de causa, el cual habilitaba a declarar culpable a uno de los cónyuges, lo cual generaba más conflictos en las familias, a un sistema de divorcio que puede ser bilateral o unilateral en el cual se eliminan las causales de divorcio.

Por otro lado el legislador les da mayores libertades individuales a las personas que conforman una familia, lo cual se ve reflejado en las modificaciones que sufren los deberes y derechos matrimoniales.

Capítulo III

3. Daño moral y deber moral de fidelidad. Introducción.

Tanto en el ante proyecto como con la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial fue tema de discusión la posibilidad de demandar la reparación de daños y perjuicios derivada del divorcio.

Los cambios de gran relevancia y tan innovativos que nos presenta la legislación civil hoy vigente en lo referente al derecho de familias, tuvieron mucha incidencia en lo concerniente al divorcio. Se consagra un proceso de divorcio, donde se extinguen: a) todo tipo de plazos de espera, y b) las causales subjetivas que surgían como consecuencia del incumplimiento

de los deberes jurídicos que se les impone a los cónyuges. Este último cambio fue motivo de grandes discusiones por lo que se generaron dos posiciones opuestas bien marcadas.

3.1. Distintas interpretaciones en relación a la procedencia o no de la acción de daños y perjuicios ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales: posiciones a favor y posiciones en contra.

Para presentar los fundamentos de las distintas posiciones tendremos en cuenta lo expuesto por distintas ponencias en la Jornada XV de derecho civil en Baia Blanca del 2015.

Posiciones a favor

a) En primer lugar tendremos en cuenta los fundamentos del Dr. Manuel Gonzalo Burgueño Ibaruren.

Para el expositor, corresponde aplicar la responsabilidad civil en todos los casos en donde se cause daños a terceros, que sean imputables a un responsable y que no estén justificados, por lo que esta responsabilidad podrá ser aplicada en las relaciones de familia y afectivas.

Resulta importante resaltar la opinión de la Comisión Reformadora según surge de los fundamentos del anteproyecto es: “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”.

En la constitución, es un derecho expreso la reparación donde haya un daño injustificado a la persona. Con una visión integral del ordenamiento jurídico y con respeto de las pautas de interpretación del código civil y comercial, no hay imposibilidad legal para aplicar la responsabilidad civil en el ámbito matrimonial. El código civil y comercial no puede legislar lo contrario a nuestra máxima ley, ni se puede afirmar válidamente que así lo establezca.

Enfocándose más en el tema que es de interés en este trabajo de investigación nos dice el Doctor Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren: “La fidelidad configura el proyecto de vida común del matrimonio, junto a la cooperación y la asistencia recíproca. Por ende, es como mínimo un interés lícito –y, probablemente, un interés jurídico”.

Es decir, para que sea exigible la reparación debe existir un daño injusto. El código en su articulado define el daño como: la lesión a un derecho o un interés lícito.

De las afirmaciones expuestas se puede decir que: el incumplimiento del deber de fidelidad es un interés lícito que lesiona a la persona y da lugar a la reparación del daño que causa puesto que el código civil y comercial y la constitución así lo establece.

Como conclusión el ponente expresa: las verdaderas causas del divorcio poco importan para el trámite de la disolución. Pero, sí podrán ser jurídicamente relevantes para la indemnización de los daños sufridos por un cónyuge, de la misma manera que se tutela a cualquier otra persona dañada de nuestro país; pues, merecen iguales posibilidades de bregar por la reparación del detrimento que soportan. En este punto, aparece nuevamente la igualdad, que así lo exige y, otra vez más, la razonabilidad que impone la Constitución a la regulación inferior y el Código a la sentencia del juez.

b) En segundo lugar presentaremos la opinión de Ricardo Rubén Enrique Hayes, si bien sigue la misma línea que el ponente anterior, nos aporta algunos fundamentos que llaman la atención.

El derecho de daños debe tener como centro de interés a la víctima del daño y su consecuente reparación del detrimento sufrido.

Si hay una víctima del daño provocado no se puede dudar de la procedencia de la acción de daños y perjuicio, aun cuando ese daño derive del divorcio, una interpretación contraria no sería coherente con nuestra ley suprema, la cual recepta en su cuerpo el principio de no dañar a otro.

Por imperio de los artículos 1716 y 1717 del CCyC todo daño provocado en la persona cuando sea injustamente sufrido, debe ser reparado aun cuando el daño tenga causa adecuada en el divorcio.

Otro punto a tener en cuenta por el suscripto es el de la solidaridad familiar y se cuestiona que tan solidario es aquel cónyuge que es infiel y abandona el hogar conyugal sin respetar los deberes matrimoniales. A su vez se topa con que hoy en día la cohabitación no es un deber jurídico en el matrimonio. Y todas estas cuestiones surgen de la prioridad que le da el nuevo código civil y comercial al principio de la autonomía de la voluntad

La solidaridad familiar, es el principio superior en el derecho de familia, es indispensable en las relaciones humanas que se dan dentro de una familia u hogar conyugal.

Otra parte de la doctrina considera como principio rector la autonomía de la voluntad, el ponente no critica esta postura y está de acuerdo con darle mayor entidad de la que tuvo en tiempos pasados, siempre que no vulnere un principio superior como es el de la solidaridad familiar.

Decían las prestigiosas Doctoras Kemelmajer de Carlucci y Herrera que “Al Código Civil y Comercial no debe importarle... si se trata de un matrimonio que ha convenido llevar adelante un modelo de pareja *swingers*, o perdonar infidelidades, o dormir en camas separadas, como así tampoco si uno se ha convertido en un *workaholic* dejó la universidad para dedicarse a su hobby de pesca con mosca, o decidió hacer carrera política. Todos estos “pactos matrimoniales” forman parte de la intimidad de los cónyuges”

El Dr. Hayes, respeta los fundamentos de estas destacadas juristas que motivaron a darle más prioridad a la autonomía de la voluntad; pero cree necesario tener en cuenta también aquellos matrimonios que le dan gran importancia a la fidelidad o aquellos a los que no les agrada la infidelidad. Y se permite afirmar que en estos casos los cónyuges se ven dañados cuando no se respeta este deber matrimonial y según parte de la doctrina (que no comparte), no se verían amparados por el régimen de responsabilidad civil, excepción que no está plasmada en el ordenamiento jurídico.

Nos dice el Dr. Hayes “En principio, creo que se ha seguido el orden inverso al legislar. La presumida injerencia del Estado en las cuestiones familiares nunca le importó a aquellas parejas que decidieron hacer de su unión lo que mejor les pareció y, haciéndose mutuas concesiones, vivieron su unión matrimonial con la libertad con que les plació hacerlo. Enhorabuena si así lo convinieron. Lo que pasa es que hoy se dice que el CCyC legitima esas decisiones, las que en verdad siempre fueron legítimas desde que se entroncan en el derecho

a la intimidad, tal el reconocimiento expreso del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Ahora, quienes han decidido vivir su matrimonio de otra manera también merecen que nuestro ordenamiento los considere”.

Concluye volviendo a la pregunta ¿si es procedente la acción de daños y perjuicios derivados del divorcio? y su respuesta es la siguiente “el Derecho debe considerar ante todo a la víctima del daño, y comprobado que fuera que este haya tenido por causa adecuada el divorcio, deberá atenderse a su reparación por imperio de la letra de los artículos 1716 y 1717 del CCyC”.

Posiciones que rechazan.

Desde otra perspectiva analizaremos en esta oportunidad las posiciones que rechazan la procedencia de la acción de daños y perjuicios ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales.

a) Primero nos centraremos en la opinión de la Dr. Paula María Cicchino. La misma expone: que de acuerdo con las directivas establecidas en el artículo 2 del nuevo cuerpo legal, la interpretación que resulta coherente con todo el ordenamiento, es la que rechaza la posibilidad de dar procedencia a la acción de daños y perjuicios derivados del divorcio. Es decir, que en ningún caso la sola violación de un deber, que fue calificado como moral, puede dar lugar a una indemnización basada en los presupuestos de la responsabilidad civil. En el artículo 2 del CCyC se dispone: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

La suscripta interpreta el artículo 431 al pie de la letra, y no deja de lado las palabras utilizadas por la comisión redactora; por esta razón no duda en afirmar que el deber de fidelidad debido por los cónyuges es moral. Y todo deber moral se diferencia del deber jurídico por no cargar con una consecuencia jurídica en caso de no cumplirlo.

El artículo 431 que dice “que el proyecto de vida en común debe basarse en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”, el texto de la ley lo único que hace es dejar plasmado que existe un deber moral y que como todo deber moral será juzgado por la propia conciencia, en este caso de los cónyuges.

Es decir, “En definitiva, la infidelidad en el matrimonio no es un acto contrario al orden jurídico sino al orden moral y, por ende, no puede ser presupuesto de la responsabilidad civil, ya que nos encontramos ante la ausencia de antijuridicidad” (Paula María Cicchino, Jornada XV de derecho civil, 2015)

Segundo, para seguir con el análisis es adecuado analizar la antijuridicidad, que el código civil y comercial la define como “cualquier acto u omisión que causa un daño a otro es antijurídico si no está justificado”

Sobre el tema Sebastián Picasso explica: “Se dice, así, que la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento considerado en su totalidad –incluyendo los principios generales del Derecho– con abstracción de la voluntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva). En especial, se enfatiza que un principio cardinal del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar a otro, de donde es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación, y sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).” (Paula María Cicchino, Jornada XV de derecho civil, 2015 cita a Sebastián Picasso)

Si bien, el principio medular es la prohibición de dañar a otro consagrado en nuestra ley suprema, es decir toda conducta que cause un daño está prohibida sin que sea necesario que esa conducta este expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico; pero nos encontramos ante un caso diferente en donde el deber de fidelidad esta fuera de la órbita jurídica y se la incorpora dentro del orden moral.

Por otro lado, la nueva legislación intenta solucionar los conflictos de forma pacífica, con el fin de no contribuir a empeorar las relaciones de familia, por lo que la autora opina que “una interpretación distinta a esta que habilite a la reparación del daño moral seria contradictoria con el objetivo de pacificar las relaciones de familia”.

b) El Dr. Martín Miguel Culaciati a la pregunta sobre la procedencia o no de la acción de daños y perjuicios provocados por la infidelidad en el matrimonio, opta por una respuesta negativa ya que considera que no nos encontramos ante una conducta antijurídica. La anti juridicidad es un elemento esencial cuando hablamos de responsabilidad civil, es decir sin su presencia no se puede hablar de la reparación de un daño provocado en una persona.

El Código Civil y Comercial al otorgarle al deber de fidelidad carácter moral, considera que no se le puede atribuir en ningún caso una consecuencia jurídica, por lo tanto el daño que genere su incumplimiento no se puede resarcir. Pero si será motivo de un reproche social, que su magnitud dependerá únicamente de la época y el contexto sociocultural.

También tiene en cuenta, la libertad de la cual gozan los cónyuges, la que se encuentra amparada por el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional, y en ella encuentra justificación a estas acciones u omisiones.

El Dr. Culaciati concluye diciendo “En definitiva, si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil, los ataques al honor, a la intimidad, a la libertad o a la integridad física y psíquica pueden ser reparados. Ahora bien, es erróneo sostener que la violación del deber de fidelidad o convivencia sean ataques al honor, configuren lesiones o constituyan injurias irreparables. La infidelidad o la falta de cohabitación, como tantas otras conductas que podrían ser los motivos por las cuales un matrimonio concluyó, forman parte de dinámicas relacionales en las que, en el nuevo régimen, no hay un culpable y un inocente, sino la evidencia de un matrimonio desgastado en el que la justicia debe intervenir ya no de modo sancionador, sino con otro tipo de normas superadoras, como son las que imponen afrontar las consecuencias jurídicas de esa situación (atribución de la vivienda, determinación de compensaciones, etc.)”

4.2. Conclusión

Concluimos luego de la exposición de las distintas posiciones a favor o en contra sobre la procedencia o no de la reparación del daño moral, que ambas doctrinas que se formaron, tienen sus fundamentos sobre sus afirmaciones.

Al concluir el trabajo de investigación, con el estudio realizado se determinara cual es la interpretación más adecuada y coherente con todo el ordenamiento jurídico

Capítulo IV

4. Jurisprudencia nacional. Introducción

En este capítulo tomaremos como protagonista el fallo dictado en autos T. c. C. s/ divorcio vincular – cámara civil, comercial, laboral y minería, General Pico. Y realizaremos un análisis de los temas de interés en este trabajo de investigación, tales son: la infidelidad, la procedencia del daño moral y el divorcio incausado. Hay que tener en cuenta que la sentencia se obtuvo a poco tiempo de la entrada en vigencia del CCyC en el auge de la discusión sobre la procedencia o no de la indemnización por daño moral con causa en el incumplimiento del deber moral de fidelidad.

4.1. Análisis de los fundamentos.

El fallo dictado en autos T. c. C. s/ divorcio vincular – cámara civil, comercial, laboral y minería, General Pico.

En primer lugar resulta importante relatar brevemente los hechos: una mujer promovió la demanda de divorcio vincular contra su esposo por la causal de injurias graves. El demandado contesta demanda y reconviene, solicitando 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; también solicitó la indemnización por el daño moral ocasionado. El juez rechazó las causales alegadas por ambas partes, decretó el divorcio vincular por la causal objetiva del art. 214 del Código Civil y rechazó la indemnización solicitada. Apelada la sentencia, la cámara la revocó, decretó el divorcio incausado e hizo lugar a la reparación de daño moral. A continuación transcribiré los votos del tribunal de alzada.

El Dr. Constantino dijo:

La “supresión de la fidelidad como deber jurídico y la expresa consideración de su contenido moral han movido a la reflexión de si la infidelidad entre los esposos puede originar un daño reparable de esta perspectiva”. La comisión redactora dejó plasmado en los Fundamentos del Proyecto que “los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial del derecho de daños”. De ello resultaría que el incumplimiento de los deberes morales que puedan existir no abre la vía de la reparación, en tanto no exista antijurídica, que es un presupuesto indispensable para configurar el deber de reparar.

La excepción puede darse cuando la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil y no por violación de un deber matrimonial. Por ejemplo, la reparación por daños por la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge (Kemelmajer de Carlucci - Herrera - Lloveras, Tratado de derecho de familia, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, ps. 255/257). Es decir, “si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé, excepto los derivados de la condición de ‘culpable’ al no existir ya dicha categorización”

[...]

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.

Dr. Rodríguez:

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”.[...]se destacaron predominantemente dos posturas antagónicas: 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); la segunda postura argumenta: b) Con fundamento en el principio alterum non laedere (art. 19 de la CN) y lo establecido en los arts. 1, 2 y 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, la violación del deber de fidelidad, no obstante su carácter moral (art. 431), configura un obrar antijurídico (art. 1717) y un daño resarcible en los términos del art. 1737 del código citado.

Una vez sintetizado el posicionamiento doctrinario, mi postura al respecto se relaciona directamente en el análisis del daño moral a luz de todas las normas que impregnan la responsabilidad civil por daños en el nuevo ordenamiento en su conjunción con el plexo constitucional, acercándome más a la segunda de las dos posiciones doctrinarias enunciadas en el considerando anterior.[...]

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” (Leiva, Claudio Fabricio, "La noción de daño resarcible en el Cód. Civil y Comercial" en LA LEY 18/11/2016, 1). Por tal motivo entiendo que al acreditarse el daño en el caso de autos, la anti juridicidad se produce por verse afectado un interés de tutela jurídica que debe ser indemnizado.

Análisis de los fundamentos.

Antes que nada, liminalmente se hace necesario distinguir la diferencia de entre el derecho y la moral; si bien en ambos casos se prohíben y permiten determinadas conductas, la distinción está en el modo en que lo hacen.

Continuamos analizando los fundamentos en relación al deber de reparar el incumplimiento del deber moral de fidelidad.

Los magistrados en sus votos expresan la obligación de reparar el daño siempre que se encuentren en presencia de un obrar antijurídico, teniendo en cuenta siempre al afectado, como repercute este daño en su persona y si afecta sus derechos personalísimos. Tienen en cuenta los principios del derecho civil y más aún los principios del régimen general de responsabilidad civil.

Al encontrarse ante un actuar que causa un daño injustificado el ordenamiento jurídico lo considera antijurídico, y por ser la antijuridicidad uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, no dudan en afirmar que ese detrimento causado en la víctima debe ser reparado. La antijuridicidad se encuentra receptada en el artículo 1717 del CCyC que reza “cualquier acción u omisión que cause un daño es antijurídica si no está justificada”

Los sentenciantes fundamentan porque corresponde aplicar la responsabilidad civil en el derecho de familia, y porque procede la reparación de los daños producidos que tienen como causa adecuada el incumplimiento de los deberes matrimoniales.

En el derecho de daños uno de los principios generales es el principio de reparación receptado en el código como “deber de reparar” en el artículo 1716 que nos dice “la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código”

El texto de la ley no presenta ninguna excepción. Toda vez que el actuar de una persona viole el deber de no dañar a otro, tiene como consecuencia la reparación de ese menoscabo, es decir un daño injustamente sufrido no puede ser irreparable por ser provocado por el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales.

Por otro lado, no es un impedimento para la procedencia de la indemnización que los legisladores le hayan incluido el deber de fidelidad en la órbita de la moral. El daño resarcible según la definición del código es, la lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, lo que ayuda a fundamentar aún más la posibilidad de indemnizar los daños producto del incumplimiento del deber moral de fidelidad, debido a que la fidelidad es un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico o lo que es lo mismo un interés legítimo.

En definitiva cuando la ley en su articulado nada dice o no exime corresponde aplicar los principios generales de la responsabilidad civil en todos los campos del derecho privado en el que está incluido el derecho de familia.

5.2. Conclusión

Es de gran importancia la exposición de este fallo en este trabajo de investigación, ya que su resolución fue dictada en el auge de la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema en estudio. Y consideramos que los fundamentos que exponen los magistrados son útiles para llegar a una correcta interpretación de los artículos en estudio.

- **Conclusión final.**

La presente tesis tuvo como objetivo dilucidar si es factible la reparación de daños y perjuicios producidos en la persona, por el incumplimiento de uno de los deberes matrimoniales (el deber moral de fidelidad), o si son irreparables debido al nuevo régimen de divorcio incausado, donde la fidelidad es un deber moral y no jurídico. Y a partir de ello brindar criterios de unificación en cuanto a la interpretación del artículo 431 del CCyC; y por otro lado indagar qué intereses quiso proteger el legislador imponiendo/nombrando el deber de fidelidad como un deber moral.

Para ello se abordaron conceptos generales del derecho de daños y el derecho de familia, haciendo énfasis en el daño extrapatrimonial, el matrimonio y el divorcio, a fin de que faciliten una mejor comprensión del tema a la hora de establecer una relación entre las dos ramas en estudio. Luego para enfocarnos en el tema en discusión se expusieron distintas doctrinas para establecer una relación entre el daño extrapatrimonial y el deber moral de fidelidad.

Ante lo expuesto a lo largo del trabajo de investigación concluimos que es procedente el reclamo de la indemnización por daño extrapatrimonial por los perjuicios que genere el incumplimiento del deber moral de fidelidad en el matrimonio al cónyuge damnificado. Los fundamentos por los cuales optamos por esta posición son:

1) En primer lugar y el fundamento de mayor peso que nos lleva a esta conclusión es el hecho de que el principio de no dañar es una norma de status constitucional ya que se encuentra contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional de allí la importancia de la aplicación de esta regla en todo el ordenamiento jurídico. Por su obligatoriedad es fundamental que los jueces lo tengan presente en el momento de la aplicación e interpretación de todas las leyes en el caso concreto. Cuando el daño moral se produce de un cónyuge a otro con causa adecuada en el incumplimiento del deber de fidelidad, debe ser reparado, puesto que en la ley suprema está contemplado el principio sin admitir excepción y en caso de incumplimiento necesariamente habrá una consecuencia jurídica. El magistrado al interpretar una norma de menor jerarquía debe ser coherente con lo contenido en la ley suprema y sus fundamentos pueden expresar algo contrario a lo contenido en ella.

2) Por otro lado si bien el deber de fidelidad es un deber moral, y el legislador optó por dejarlo fuera de la órbita jurídica, no debemos olvidarnos que lo hizo para evitar que el divorcio sea una institución de carácter contencioso con el objetivo de evitar mayores conflictos en las relaciones de familia, lo cual no impide que el daño que se provoque en la persona ante su incumplimiento deba ser reparado, aplicando los principios de la responsabilidad civil.

Es decir a causa de que en la actualidad el divorcio es de carácter objetivo, y era necesario eliminar las causales subjetivas de divorcio, entre ellas la infidelidad, impidiendo atribuirle la culpabilidad a uno de los cónyuges en el momento de la disolución del vínculo, pero esas causales pueden ser causa adecuada en un proceso de reparación de daños morales

El matrimonio es la institución donde las personas se deben el mayor respeto, por lo que al mismo tiempo, no puede ser el ámbito en donde las partes se lesione sin una consecuencia.

Si la infidelidad de uno de los cónyuges causa daños en los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal y salud psicofísica, sus afectaciones espirituales legítimas

y/o en sus proyectos, deberá ser reparado siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil.

3) También debemos tener en cuenta que el concepto de daño que brindado por el C.C. y C. nos dice que puede ser la lesión a un derecho o a un interés jurídico no reprobado por el ordenamiento jurídico. Al tratarse de un deber moral no podemos hablar de la lesión a un derecho, pero si de un interés legítimo.

4) Por otro último, en el derecho de daños ya no se exige la antijuridicidad formal, es así que cuando se causan daños por el incumplimiento del deber moral de fidelidad por uno de los cónyuges, debe ser reparado. En otras palabras la violación del deber moral de fidelidad tiene consecuencias/efectos jurídicos.

La suscripta con el estudio realizado da su opinión y concluye que: el derecho de daños fue evolucionando a medida que paso el tiempo, parte de este proceso evolutivo fue el derecho que tiene el damnificado a la reparación. Antes, la reparación tenía como objetivo, la reparación del menoscabo material que sufría la víctima, por medio de una compensación económica. En la actualidad, lo que se busca es proteger a la persona humana, reparando los daños extrapatrimoniales que sufre la persona en su espíritu.

La protección del individuo fue cobrando más importancia. Hoy su protección es de jerarquía superior ya que, tanto la constitución, como los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en sus textos protegen a la persona, la violación de los derechos individuales, su honra, su libertad, su imagen y su espíritu.

Es por ello que corresponde reconocerle la debida importancia a la reparación del daño extrapatrimonial cuando se cause un daño, en todas las ramas del derecho, ya que es una forma de proteger al individuo.

Por otro lado la protección del individuo por el estado, ayuda a lograr un equilibrio social protegiendo a la colectividad a la que forma parte.

Por todo lo antes dicho no hay motivos por los cuales haya que excluir de la protección y reparación del daño extrapatrimonial producido en la persona (cónyuge damnificado) con motivo en el incumplimiento del deber de fidelidad. De lo contrario se estaría interpretando

el contenido de una Ley de fondo de forma contradictoria con la Constitución Nacional, por lo tanto no se estaría respetando la jerarquía constitucional.

Bibliografía

Doctrina

AZPIRI J. O. (2016) *Incidencias del código civil y comercial. Derecho de familia* (1ra ed. 8va reimpr.) Buenos Aires: Hammurabi.

BURGUEÑO IBARGUREN M. G., HAYES R. R. E., CICCHINO P. M., CULACIATI M. M. (1, 2, 3 de octubre) *XXV Jornada de Derecho Civil*. <http://jndcbahiablanca2015.com/>

CARAMELO G., PICASSO S., HERRERA M. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (1ra ed.) Buenos Aires: Infojus.

GALLELLI I. (2017) *Revista de derecho de familia y de las personas*. Buenos Aires: La ley. Thomson Reuters.

GARCIA DE SOLAVAGIONE A. (2016) *Derecho de familia*. (1ra ed.) Córdoba: Advocatus ediciones.

GROSMAN P. C., LLOVERAS N., KEMELMAJER DE CARLUCCI A., HERRERA M. (2016) *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de familia*. Buenos Aires: La ley. Thomson Reuters.

LLOVERAS N. (2016) *Manual de derecho de las familias según el Código Civil y Comercial de la Nación*. (1ra ed.) Córdoba: Mediterránea.

MARQUEZ J. F. (2015) *Responsabilidad civil en el código civil y comercial* (1ra ed.) Buenos Aires: Zavalía.

MEDINA G. (2017) *Revista de derecho de familia y de las personas*. Buenos Aires: La ley. Thomson Reuters.

OSSOLA, F. (2016) *Responsabilidad civil* (1ra ed.) Buenos Aires: AbeledoPerrot.

PIZZARRO R. D. (2004) *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho* (2da ed.) Buenos Aires: Hammurabi.

PIZZARRO R. D. y VALLESPINOS C. G. (2014) *Compendio de derecho de daños*. (1ra ed.) Buenos Aires: Hammurabi.

RIVERA J. C. y MEDINA G. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo 2*. (1ra ed.) Buenos Aires: La ley. Thomson Reuters.

TONIN A. T. (2017) *Daño moral. Interpretación desde una perspectiva semiótica*. (1ra ed.) Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

C.A.C.C.LyM, “T c/ C s/ divorcio vincular” (2016)

Legislación.

Nacional.

Ley N° 26.994. Código civil y comercial de la nación.

