



DIVORCIO Y DAÑO MORAL RESARCIBLE POR CAUSA DE INFIDELIDAD

Modelo de Caso – Nota a Fallo

Fallo comentado: “T. c/ C. s/divorcio vincular”, Expte. n° 1611/17 - Superior Tribunal de Justicia. Santa Rosa, La Pampa (20/05/2019).

Alumna: Aldana Ofelia NAHIM

DNI: 26.966.608

Legajo: VABG79318

Carrera: Abogacía

Tutor: Romina VITTAR

2021

SUMARIO:

I. Introducción - II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia. IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales - V. Postura de la autora - VI. Conclusión - VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo propuesto “T. c/ C. s/divorcio vincular”, Expte. nº 1611/17, registro del Superior Tribunal de Justicia, Sala A, de Santa Rosa, Provincia de la Pampa disponible en www.saij.gob.ar, en el marco de un divorcio con causa iniciado por la mujer contra su esposo, quien reconvino por otras causales y adicionó un reclamo por daño moral, revocó una sentencia que condenó a una esposa infiel a resarcir a su ex pareja por el daño moral.

Las modificaciones que estableció el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fueron notables en el derecho de familia y principalmente en el divorcio que pasó a ser incausado y se suprimió el deber de fidelidad como deber jurídico, limitándolo a un mero deber moral, en ellas podemos afirmar como la perspectiva de género jugo un papel trascendental y necesario para la transformación del Derecho Privado Argentino.

El resolutorio incorpora la perspectiva de género y señala que no existen comportamientos aislados y autónomos como origen exclusivo de las desavenencias.

Sostiene que en un régimen legal en el cual la fidelidad configura un deber moral y a la par se abandona el sistema de divorcio con expresión de causa no es compatible el reclamo indemnizatorio por las consecuencias del incumplimiento del referido deber.

La transformación a un nuevo texto legal que paso de indagar culpas u otras causas de la ruptura matrimonial a un sistema en el cual no le importe en absoluto las razones por las cuales los cónyuges llegaron a tomar esa decisión, sino que sólo le interesan los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan del divorcio, no es una cuestión menor, sino que constituye una transformación legal y, a la vez, cultural de suma relevancia.

En este marco me resultó interesante realizar un análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal de las distintas posturas en relación a si los daños que se generan en cualquier divorcio, específicamente cuando son a causa de una infidelidad, podrían ser considerados como un daño moral digno de ser resarcido.

La problemática central girará en torno a establecer si es posible considerar a la infidelidad como un daño susceptible de ser reparado, ya que las normas propias del derecho de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no prevén indemnización alguna para estos casos, lo cual no significa que no existan acciones resarcitorias, las mismas surgen del deber de no causar un daño a otro contemplado implícitamente en el art. 19 de la Constitución Nacional¹ y de los artículos 1716² y 1737³ del CCC que establecen que el daño indemnizable se produce 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.

Realizaré un análisis exhaustivo de toda la legislación que da el marco jurídico de la responsabilidad en las relaciones de familia y principalmente sobre las normas de daño moral en casos de divorcio, pasando por nuestra Constitución Nacional, Tratados Internacionales como así también un análisis jurisprudencial y doctrina referida a la temática, para conocer como nuestros jueces van evolucionando en las decisiones sobre esta cuestión juzgando con perspectiva de género.

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

La mujer promovió un juicio de divorcio vincular, por la causal de injurias graves, al argumentar que “su esposo la hizo blanco de todo tipo de calumnias e injurias, imputándole la calidad de infiel y haciendo comentarios agresivos tanto en público como ante el grupo familiar”.

El hombre contestó la demanda, pidió su rechazo y articuló reconvencción. Negó “haber hostigado a la actora con escenas de celos, agresiones verbales, persecuciones, haberla amenazado

¹ Art. 19 Constitución Nacional Argentina (1994)

² Art. 1716 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

³ Art. 1737 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

o puesto en peligro su vida”, y manifestó que su ex esposa le fue infiel, ya que la vio “saliendo de un hotel alojamiento con otro hombre”.

La sentencia de primera instancia rechazó las causales de divorcio denunciadas y la reconvencción, decretó el divorcio vincular por la causal contemplada por el artículo 214 inciso 2 del Código Civil⁴ sin culpa de las partes, e impuso las costas en el orden causado. También decretó la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda y rechazó el reclamo por daño moral del reconviniente, con costas.

En sus agravios, el hombre insistió en que la conducta de la actora “se hizo pública y lo dejó en una situación de escarnio público”, y calificó de "traumática" la situación de encontrar a su esposa "saliendo de un hotel alojamiento con otra persona".

De esta manera, concluyó que la noticia fue recibida “con gran estupor” y le causó mucha vergüenza”, ocasionándole “una lesión en su autoestima difícilmente reparable”.

Posteriormente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial decretó un divorcio en los términos del artículo 437 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵ y, además, condenó a la ex esposa por daño moral.

El caso llegó al STJ de La Pampa, donde se decidió casar la sentencia impugnada y revocar lo resuelto por el Tribunal de Alzada.

III. IDENTIFICACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA.

Hubo disidencias en los votos, encontrándose cada uno de ellos detallados en la sentencia.

En su voto el presidente de la Sala A, Dr. Eduardo D. Fernández Mendía se expresó analizando el artículo 431 del nuevo Código Civil y Comercial⁶, considerando que el recurso incursiona en un conjunto de discrepancias conceptuales atendibles en el plano de la polémica sobre sus preceptos, pero sin poder exhibir técnicamente la errónea aplicación en la sentencia anterior.

Señala como premisa básica de ponderación ante el desencuentro hermenéutico al que se enfrenta, que la solución que propugna no puede hallarse en un segmento de un precepto aislado soslayando el resto de las disposiciones vigentes.

⁴ Art. 214, inciso 2 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

⁵ Art. 437 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

⁶ Art. 431 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Sostiene que no hay ningún elemento objetivo que permita inferir que el matrimonio es una institución que no trae aparejada responsabilidades y que la juridicidad de todos los deberes conyugales del art. 431 deben ser ponderados dentro de un contexto impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en consonancia con el resto de la normativa del Código Civil y Comercial.

Considera que los deberes de asistencia, cooperación, convivencia y fidelidad son a la vez morales, conceptos juridizados, por la innegable influencia histórica de la axiología.

El jurisconsulto mediante el itinerario intenta desbrozar jurídica y lógicamente las circunstancias de una ausencia de culpabilidad como génesis del distracto conyugal, y otra, muy diferente, el deber de reparar daños sufridos indebidamente en el tracto matrimonial, que ciertamente mantiene la exigencia de dignidad humana a la que se refiere el art. 279 CCC⁷, en orden a la relevancia axiológica que tiene el principio de dignidad en la legislación convencional e infraconstitucional, por lo que concluye que se debe rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto por la demandada, T.

El vocal de la Sala, Dr. José Roberto Sappa se manifestó en disidencia analizando la causa bajo dos prismas: la primera, la existencia o no de antijuridicidad de la infidelidad como hecho generador de daño cuantificable económicamente a la luz del nuevo Código Civil y Comercial y la segunda, la incorporación de la perspectiva de género en el análisis.

En relación a la violación del deber de fidelidad como generador de daño resarcible alude a los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al Código Civil y Comercial, que pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial.

Sostiene que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético que el jurídico porque en este último, el incumplimiento de ciertos derechos y deberes no trae consigo ninguna sanción jurídica.

Aduce que en definitiva, en el Código Civil y Comercial el único derecho-deber jurídico en el matrimonio es el de asistencia que se asienta en dos principios básicos de las relaciones de familia: 1) el de solidaridad familiar y 2) el de responsabilidad.

Por el contrario, la fidelidad y la convivencia han pasado al campo de las acciones privadas que se regulan muy bien en el art. 19 de la Constitución Nacional, lo que constituye la consecuencia

⁷ Art. 279 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

ineludible de aceptar, defender y confiar en el divorcio incausado como el mejor sistema legal para la pacificación de las relaciones de familia (HERRERA, 2014)

Fundamenta que no se configuran los presupuestos básicos de responsabilidad civil, ya que no hay antijuridicidad, sosteniendo que en definitiva, el derecho a la reparación de un cónyuge con motivo de que el otro lesiona sus derechos personalísimos no se funda en la calidad de cónyuge, sino exclusivamente en la situación de víctima, según sucedería con cualquier sujeto afectado por similar daño injusto.

Considera incoherente y contraria por ende al art. 2. CCC⁸, una interpretación aislada del concepto de daño pues para su aplicación en el ámbito del divorcio resulta imprescindible tener en cuenta su contexto normativo.

Además apoya y sostiene sus argumentos en la incorporación de la perspectiva de género en el análisis, advirtiendo en la resolución impugnada elementos que le permiten concluir que contiene argumentos basados en consideraciones de género, acerca de los roles que les son asignados a las mujeres, en el caso, sobre un comportamiento ideal en su concepción tradicional del matrimonio.

Considera que al momento de resolver, dichos jueces debieron tomar en consideración otros ordenamientos legales, además del Código Civil y Comercial que regulan algunos aspectos vinculados con el caso traído a estudio, tales como el art. II de la Declaración Americana de Derechos Humanos ; la Carta de las Naciones Unidas; art. 3.j) de la Carta de la OEA. ;art. 17.4 de la Convención; en el orden interno, en el art. 2° de la Ley N° 26.485 (BO 14/04/2009), a la cual la Provincia de La Pampa se ha adherido mediante la Ley N° 2550 (BO 29/01/2010).

Que el parámetro que debe guiar al magistrado en el momento de determinar si una restricción o diferencia de trato determinada resulta legítima o discriminatoria es centrarse en establecer si la medida o conducta cuestionada resulta objetiva y a su vez razonable, para ello cita el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género” realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Por lo que en base a las consideraciones vertidas califica como errónea la aplicación del art. 431 del Código Civil y Comercial de la Nación por la Cámara de Apelaciones, al hacer lugar al rubro daño moral al demandado reconviniente.

⁸ Art. 2 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

Por último el señor presidente de la Sala B, Dr. Hugo Oscar Díaz, convocado a dirimir la disidencia planteada adhirió al voto del Dr. José Roberto Sappa por compartir los argumentos y razones invocados para fundamentar la decisión.

IV. DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL, ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

La temática principal de esta nota a fallo es investigar si los daños que se generan en el divorcio, particularmente cuando tienen origen en la infidelidad, podrían considerarse un daño moral factible de ser resarcido, conforme la legislación analizada.

Existen en la doctrina dos posiciones totalmente opuestas en relación a la aceptación o no de la aplicación del régimen del daño moral en las relaciones de familia y específicamente cuando se comete una infidelidad en marco de un divorcio, sin poder establecer ciertamente cual es la postura mayoritaria.

Las posiciones a favor de aceptar la aplicación de la responsabilidad civil en el matrimonio, están basadas en la ausencia de obstáculos para el derecho de daños a las relaciones de familia.

En ese sentido Córdoba (2007) refiere que: “cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho” (Págs. 595/6)

No se hablará, entonces, de causales subjetivas de divorcio sino de afrentas: (CORDOBA, 2017) "...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" (p.2).

Actualmente, el derecho de daños está dirigido a la protección de la persona, quedando atrás la concepción que consideraba a la indemnización como una sanción para quien causo un daño y esto está íntimamente relacionado a la debacle de la culpa y el reconocimiento de toda actividad riesgosa como factor objetivo de atribución, como así también a la posibilidad de prescindir del presupuesto de la antijuricidad ante lo que se denomina el "daño injusto".

Es importante destacar que quienes sostenían, conforme al ordenamiento derogado, la procedencia del reclamo de los daños derivados del divorcio, consideraban que la responsabilidad

no es un efecto de la ruptura y sólo es admisible cuando se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil (Lucchesi, 2016).

La fuente normativa que admite la aplicabilidad del derecho de daño es el art. 1716⁹ que estipula "...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código..." Así el principio del *neminem laedere* cobra plena vigencia incluso en un ámbito tan reservado como lo es el derecho de familia admitiéndose casos excepcionales que queden fuera de su espectro de actuación, pues dicha excepción no está contemplada y porque esa no es la perspectiva que ha tenido en miras el Codificador, ni mucho menos la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El nuevo art. 1717¹⁰ incorpora un eximio paradigma, ya que admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por éste último, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño en su carácter de injusto.

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.

Como señala Zavala de González, Matilde: "Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo". (P.124)

En contraposición se encuentra la doctrina que resalta la postura adoptada en la Comisión Reformadora del nuevo código integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en sus Fundamentos del Anteproyecto expresa categóricamente: "Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son

⁹ Art. 1716 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

¹⁰ Art. 1717 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

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”¹¹ (p.77)

Existen también autores de doctrina jurídica que apoyan la postura negativa bregando por la disociación del matrimonio y el divorcio respecto del derecho de daños, a la par del carácter meramente moral de los deberes clásico de fidelidad y cohabitación. (Herrera, 2014).

En ese sentido (Cicchino, 2015) expone: “De acuerdo con las directivas establecidas en el artículo 2° del Código Civil y Comercial, la interpretación del artículo 431 que resulta coherente con todo el ordenamiento es la que rechaza que la sola violación de un deber, que fue calificado como moral, pueda dar lugar a una indemnización basada en los presupuestos de la responsabilidad civil. (p.1)

(Lucchesi, 2016) también sostiene la postura negativa refiriendo: “la improcedencia de dicha pretensión, fundada tanto por la especialidad de las normas del derecho de familia, la falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio similar a la existente en materia de nulidades” (p.1).

Asimismo (Marcellino, 2015) enseña que la doctrina se ha expedido, estimando que al convertirse el deber de fidelidad en uno exclusivamente moral y no jurídico, su inobservancia no constituye una conducta ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, y, por tanto, en estos casos no se configurará uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, concretamente la antijuridicidad, y ello determinara la inexistencia de una obligación resarcitoria en contra del cónyuge "infiel".

Todas estas posturas sostienen que conforme con las directivas establecidas en el artículo 2° del nuevo cuerpo legal¹², la interpretación que resulta coherente con todo el ordenamiento es la que rechaza esa posibilidad de resarcir por daño moral ocasionado por una infidelidad en el 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.

¹¹ Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 77.

¹² Art. 2 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

Ahora procederé a adentrarme al análisis de la jurisprudencia que, al igual que la doctrina, presenta posiciones actuales muy opuestas en los distintos tribunales de nuestro país, citaré a tales efectos, dos casos paradigmáticos a los fines de plasmar dicha realidad.

En los autos **“S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”**, **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal**, se llevó a resolver a la “Sala H” de la Cámara Nacional de Apelaciones con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniente contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda de divorcio y rechazó los daños y perjuicios en concepto de daño psicológico y daño moral contra su ex cónyuge.

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

En contraposición a esta postura en los autos caratulados: **“M. C. P. c. M. S. D. s/ ordinario daños y perjuicios.”** **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, Sala I**, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú estableció la negativa ante una demanda de daños y perjuicios entre cónyuges ocasionados por una falta del deber de fidelidad.

El tribunal estableció que la reparación autónoma solicitada al ex cónyuge debía rechazarse, pues la causal de adulterio atendida en la declaración del divorcio resultaba ajena a la antijuridicidad como presupuesto del reclamo resarcitorio, conforme el Código Civil y Comercial, si bien 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 aquellos derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales.

V. POSTURA DE LA AUTORA

En la presente Nota a fallo he presentado algunos de los jurisprudencias que se encuentran en la posición que afirma la aplicación del régimen de responsabilidad civil con sus principios imperantes ante un daño ocasionado por una infidelidad, postulando que una infidelidad puede claramente causar daños psíquicos, morales y emocionales pasibles de ocasionar un daño y que nada obsta a que sean resarcidos, pero ello siempre depende que se den los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil y que además no exista una limitación en norma expresa del principio

de la responsabilidad civil de no dañar, adhiero a esta posición en atención a una serie de fundamentos.

Considero que desde la perspectiva supra legal, la pretendida liberación de los cónyuges dañadores no es una finalidad legislativa válida; porque en la máxima jerarquía normativa y axiológica, en el art. 5.1 de la CASDH¹³, se establece que la persona tiene derecho a la integridad sicofísica y moral.

La integridad psíquica y moral, normalmente afectada por la infidelidad, es un derecho humano y de este modo la postura por la negativa resulta “irrazonable” porque en cierta manera restringe y desvirtúa ese derecho para categorías enteras de personas, al permitir que las violaciones dañosas de este derecho no accedan a las reglas de la responsabilidad civil solo por estar casadas y sin atender a la existencia del perjuicio.

Esto contradice al Art. 28 de la Constitución Nacional¹⁴ y el derecho a la reparación integral del daño sufrido, relacionado al Art. 19 de la Carta Magna¹⁵.

Partiendo de una visión integral del ordenamiento jurídico, no encuentro impedimento legal para aplicar la responsabilidad civil al ámbito matrimonial, considerando que donde exista un daño injustificado a la integridad de la persona, el ordenamiento jurídico debe dar lugar a una reparación; pues, es un derecho instituido en nuestra Ley Suprema y no puede afirmarse válidamente que el Código Civil y Comercial de la Nación legisle lo contrario.

Si bien las verdaderas causas del divorcio poco importan para el trámite de la disolución, sí son relevantes para la indemnización de los daños sufridos por cualquiera de los cónyuges, al igual que se tutela a cualquier otra persona dañada, ya que merecen las mismas posibilidades de reclamar y pretender la reparación del daño sufrido.

Para la nueva antijuridicidad de la función resarcitoria, el daño causado adecuadamente por un hecho es crucial. La antijuridicidad tiene un contenido amplio, atípico y objetivo. Existe en un caso, cuando se causa un daño a otro, sin que medie causa de justificación (Art 1717)¹⁶. Es evidente que la antijuridicidad proviene de causar daño a otro.

Siempre que haya menoscabo al ser humano, habrá violación de un derecho y, por lo tanto, daño.

¹³ Artículo 5.1 Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (1969)

¹⁴ Artículo 28 Constitución Nacional Argentina (1994)

¹⁵ Artículo 19 Constitución Nacional Argentina (1994)

¹⁶ Art. 1717 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

De igual manera procederá si hay perjuicio al honor del cónyuge o lesión a otro derecho supremo y si la modalidad de la infidelidad constituyera violencia contra la mujer, será aplicable también esa normativa específica para presuponer la existencia de daño.

La fidelidad es un deber moral con recepción legal en el Art. 431¹⁷, junto con la cooperación y asistencia recíproca configuran el proyecto de vida común del matrimonio por lo que mínimamente constituye un interés lícito y probablemente un interés jurídico.

Así, si bien el derecho de familia, en cuanto al deber de fidelidad, se ha desplazado y le ha restado fuerza, el derecho de daños también se ha desplazado al no exigir antijuridicidad formal y continúa subsumiendo en sus normas a los hechos que configuran el quebrantamiento del “deber moral de fidelidad” si dañan a otro, de allí el efecto jurídico de la generación de obligación de reparar el daño que sufre la víctima de la infidelidad.

La postura que defendiendo tiene sus matices y excepciones, ante casos como los analizados en el fallo en estudio. Paso a explicar mis argumentos.

En función a la perspectiva de género en los fallos judiciales considero relevante resaltar que si bien en América Latina los textos constitucionales reconocen derechos fundamentales a las mujeres, aún persisten normas discriminatorias.

Aun rigiendo normas jurídicas aparentemente ventajosas para las mujeres, la aplicación de las mismas resulta, en ocasiones, abiertamente contraproducente.

Resulta pertinente identificar los obstáculos del sistema jurídico actual, proponer soluciones y evidenciar cómo la eficacia de los derechos de las mujeres, no es ya tanto un problema del reconocimiento legal de derechos cuanto de aplicación de las normas jurídicas.

Hay que tener presente que las barreras que hay que vencer para mejorar la condición legal de las mujeres son de tipo cultural independientemente de la rama en la que el sistema jurídico se ubique.

Es en este punto donde la perspectiva de género es útil para poner en evidencia cómo el derecho también ha contribuido a reforzar el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a las mujeres y a los hombres.

La categoría género "pasa a ser una forma de denotar las construcciones culturales, la creación totalmente social de las ideas sobre los roles apropiados para mujeres y hombres". (Joan Scott, p.15)

¹⁷ Art. 431 Ley 26.944 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

La perspectiva de género también es útil para explicar por qué a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, los jueces siguen expidiendo resoluciones cuyo contenido pareciera desconocer tales derechos.

Puede evidenciarse en los tiempos que corren que la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven, y por eso los operadores del derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados comportamientos, aunque, formalmente, la norma jurídica no los exija, justificando de manera inconsciente resoluciones judiciales como la casada, en las que se evidencia una clara postura sostenida en estereotipos, lo que se refleja en la atribución de ciertas “culpas” a la cónyuge infiel por hechos ajenos a su voluntad, como ser la trascendencia en los medios, el escarnio público al que hace referencia el reconviniente como causa de su afectación “psíquica” o lesión a su “honor”.

Resoluciones como éstas siguen “castigando” en cierto modo a las mujeres por conductas que no resultan aun “socialmente aceptables” y claramente por el solo hecho de ser mujer, ya que como bien se cuestionó el vocal disidente ¿habría el tribunal resuelto del mismo modo si la infidelidad hubiese sido cometida por el marido? Seguramente no.

Los Estados se han valido del ordenamiento jurídico para imponer modelos de virtud personal, reforzando a través de las normas legales patrones de comportamiento abiertamente contrarios al principio de autonomía individual, equiparando muchas veces, la esfera del pecado a la esfera del delito.

De este modo, muchas veces la imposición de roles o de patrones de comportamiento mediante disposiciones legales se lleva adelante sancionado a aquellas personas que se apartan de dichos patrones desprotegiendo o colocando en una situación de indefensión a quienes lo hacen.

El desafío consiste en identificar las normas jurídicas que refuerzan los roles socialmente asignados de manera diferenciada a hombres y a mujeres y los dispositivos legales que de manera directa o indirecta discriminan a las mujeres.

La teoría estándar de la argumentación jurídica demuestra cómo sí son relevantes las ideas y creencias de los jueces sobre los roles de hombres y mujeres, muchas veces manifestadas en las propias resoluciones, como la que nos ocupa, para la solución que dan a los problemas que plantea la aplicación del Derecho.

En la actualidad existe consenso en considerar que un sistema jurídico es justo cuando consagra y respeta los derechos humanos. (Francisco Lapona, 1989, pp. 292-294)

Es por ello que en pos de fortalecer el raigambre cultural de la perspectiva de género en la sociedad actual resulta imprescindible a la hora de juzgar subsumir los casos particulares a un verdadero análisis de los patrones socioculturales que puedan evidenciarse y contradecir esta nueva corriente que nos lleva a la igualdad de género cuya máxima expresión consiste en ser sujetos todas las personas a los mismos derechos, que nos son ni más ni menos que los derechos humanos.

VI. CONCLUSION

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial, la única vía que les quedará a los cónyuges que han sufrido daños en el matrimonio, es accionar por responsabilidad civil, porque ésta será el único procedimiento en los que se indemnizará las consecuencias no patrimoniales de los daños sufridos. En otro orden de ideas, si es la mujer quien sufra daños siempre le quedará la posibilidad de fundar su acción en la ley de protección integral de la mujer 26.485, que prevé la responsabilidad por daños y perjuicios de los actos derivados de la violencia de género.

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

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

Cuando la letra de la ley nada dice corresponde aplicar las normas de la responsabilidad a todas las ramas del derecho privado, de la cual el derecho de familia es una parte, que solo se exime de su aplicación por disposiciones especiales.

El argumento que el interés de la paz familiar lleva a evitar litigios en los que se ventilen las culpas y errores que produzcan mayores males que bienes para un buen entendimiento entre quienes conforman la comunidad familiar resulta débil ya que la paz social se sostiene en la posibilidad de las personas de ver como el derecho le da la posibilidad de la reparación del daño sufrido, independientemente del estado civil que ostente.

Los fundamentos del Código Civil y Comercial no bastan para justificar la exclusión de la responsabilidad civil a los daños producidos en el matrimonio ya que no son ley y no fueron positivizados.

En cuanto a la fidelidad si bien es un deber moral, de todas maneras, su incumplimiento, si genera daños, da lugar a reparación, ya que el daño no solo se produce cuando se viola un derecho subjetivo sino cuando se daña todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Como colofón de esta nota a fallo y haciéndome eco del interrogante del Dr. Zappa en sus argumentos acerca de si los jueces hubieran tomado la misma decisión en caso de que la supuesta infidelidad hubiera sido cometida por el esposo considero que el punto de inflexión se encuentra respondiendo a otro interrogante y es el siguiente ¿cuáles son los parámetros interpretativos que deben guiar a un magistrado en el momento de determinar si una restricción o diferencia de trato determinada resulta legítima o discriminatoria?

Conforme lo establecido en el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género” realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: “...la objetividad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia la determina el hecho de que haya sido tomada de acuerdo a criterios libres de estereotipos y basados en los derechos humanos. Mientras que la razonabilidad está en la proporcionalidad entre la finalidad –diseño y ejecución de un proyecto de vida enmarcado en la autonomía de la persona y sus derechos humanos- y la medida tomada” (disponible en: www.supremacorte.gob.mx).

El caso en análisis consolida una práctica discriminatoria ya que si bien las tres funciones de la responsabilidad Civil están presentes en las relaciones de familia y quienes la integran tienen la obligación de prevenir, reparar y resarcir, los daños, sobre todos los que provienen del incumplimiento de los deberes familiares, ya que estos son la base de la familia, en el fallo casado puede observarse que 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.

Si bien el bloque de constitucionalidad federal protege a la familia, ese amparo al pluralismo familiar no se identifica con la protección jurídica de los aspectos puramente morales del matrimonio que configuran discriminación hacia la mujer.

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 ya no hay culpables ni inocentes y la repercusión del

hecho no debe ser imputada a la esposa, sino a los medios que reprodujeron noticias invasivas de la intimidad.

Resulta de suma importancia resolver despejando los condicionamientos culturales o morales o en todo caso, cuestionando algunos preconceptos que en realidad importan discriminación por razones de género, ya que desde el ejercicio de la magistratura, la incorporación de la categoría de género al proceso de examen y razonamiento, conduce a la adopción de decisiones justas e integrales que permiten acortar las distancias de la igualdad ante la ley.

Es fundamental 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, y las conductas no exigibles a los cónyuge que no dan acción para reclamar su cumplimiento ni indemnización alguna.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- .Córdoba, Marcos, M. “Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges” Revista La ley. Tomo 2007-B. Págs. 595/6
- . Marisa Herrera, El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación, AR/DOC/4320/2014).
- . Kemelmajer de Carlucci, A. (2014) “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014”. Santa Fe. Ed: Rubinzal, T 1 pag.12.
- . - Famá, M. (2014). “Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio y de la Filiación”. Buenos Aires. Ed: La Ley.
- . Francisco Lapona, "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo", en Historia de la ética, tomo III, Victoria Camps (de.), Editorial Crítica, Barcelona, 1989, pp. 292-294.
- . Joan Scott, "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en Género. Conceptos básicos, op. cit., p. 15.
- . Zavala de Gonzáles, Matilde. Resarcimiento de daños. Tomo IV. Ed. Hamurabi. Pag. 124.)
- . Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 17, número 33, 2019, pp. 43-71. Buenos Aires, Argentina (ISSN 1667-4154)

Publicaciones digitales.

. Calvo Costa, C. A. (2015); “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, RCyS2015-IV, 81, AR/DOC/555/2015.

Recuperado de: <http://abogadosdefamilia.com.ar/fallo-inedito-tribunal-decreta-divorcio-aplicando-nuevo-codigo-civil-condena-la-ex-esposa-indemnizar-ex-marido-haberle-infiel/>

. Caramelo, G.; Picasso, S. y Herrera, M. (2015). “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf

. Cicchino, P. (2015) “El deber moral de fidelidad es moral”. La Ley. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016dae95b690eb4ca7bc&docguid=i483D00240ECD146D640B11D817674123&hitguid=i483D00240ECD146D640B11D817674123&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=12&crumb-action=append&>

. Córdoba, M. (2017). “Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales” Publicado en: LA LEY. Recuperado de:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000016db130693505974905&docguid=iFDE21B5FC404D8F59E40C418B25EFCC3&hitguid=iFDE21B5FC404D8F59E40C418B25EFCC3&tocguid=&spos=4&epos=4&td=172&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=45&crumb-action=append&>

. Herrera, M. (2014); “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación”. La Ley Online AR/DOC/4320/2014. Recuperado de:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016daeabcbf9b9b574bd9&docguid=i1EFD500CD22C32DFCECA82CE97465CCE&hitguid=i1EFD500CD22C32DFCECA82CE97465CCE&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=12&crumb-action=append&>

. Lucchesi, M. (2016). “Los daños y perjuicios causados por la amante de su cónyuge”. La Ley. Recuperado de:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000016dae9752d37e1d5f4b&docguid=i8524607E0BECD91C1BF6383A3E8D34FB&hitguid=i8524607E0BECD91C1BF6383A3E8D34FB&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=18&crumb-action=append&>

. Marcellino, L. (2015) “¿Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad derivada de uno de los cónyuges en el Cód. Civ. y Com.?”: DFyP. Recuperado de:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000016db122ca0006b71d11&docguid=iA2FF91F663ECEE7C1BA020D750C062BC&hitguid=iA2FF91F663ECEE7C1BA020D750062BC&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=23&crumb-action=append&>

. Medina, G. (2015). “Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado”. Revista de Derecho de Familia y Sucesiones Número 5 Septiembre 2015, Recuperado de: <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>.

Legislación Internacional

. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

. Declaración Universal de los Derechos Humanos

. Pacto de San José de Costa Rica

. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

. Protocolo para juzgar con perspectiva de género” realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (disponible en: www.supremacorte.gob.mx).

Legislación Nacional

. Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-39999/235975/norma.htm>

. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Recuperado de:

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

. Ley N° 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.

-Ley 23.179- Aprobación de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

-Ley 24.632 - Aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - “Convención de Belem do Pará” -, Suscripta en Belem do Pará - Brasil - el 9/6/1994 y ratificada por Argentina el 5/6/1996.

Jurisprudencia.

. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, Sala I. en autos: “M. C. P. c. M. S. D. s/ ordinario daños y perjuicios.” Fecha: 28 junio de 2018. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016db3027a564713b010&docguid=iEA10DC68C0ABB7E378A0FA2B5875A03E&hitguid=iEA10DC68C0ABB7E378A0FA2B5875A03E&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74>

[B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=42&crumb-action=append&](https://www.buscador.gub.uy/?B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=42&crumb-action=append&)

. “Sala H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Sala H” en autos “S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”, 21 de abril de 2016. Recuperado de

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/07/25/indemnizacion-por-dano-psicologico-y-moral-para-la-cónyuge-que-sufrió-violencia-psicofísica/>