

**DERECHO Y REALIDAD: LA IMPROCEDENCIA DE RECLAMO
RESARCITORIO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER MORAL DE
FIDELIDAD SEGÚN EL CONTEXTO JURISPRUDENCIAL PREVIO AL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Autoras: Marisa Herrera, Carolina Duprat y María Victoria Pellegrini*

Resumen:

Esta ponencia es la primera de una trilogía que pretende evidenciar desde varios enfoques la improcedencia del reclamo resarcitorio ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad en el contexto normativo del Código Civil y Comercial (CCyC). Aquí se pretende dar cuenta del estado de situación de la jurisprudencia en los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la sanción y vigencia del CCyC en el marco de un sistema de divorcio inculpatario, a los fines de constatar cuantitativa y cualitativamente el estado de la cuestión en el marco del código derogado, brindándose de este modo, una perspectiva poco habitual para el estudio y profundización de una cuestión que parecería haber retomado interés e intensidad. ¿Acaso esta reactualización no esconde, en definitiva, una postura contraria y resistente al régimen general del divorcio incausado, una de las tantas novedades que introduce el CCyC?

1. Introducción

Uno de los temas más debatidos durante el trámite de la reforma del CCyC es el relativo a los derechos y deberes matrimoniales y junto a él, una de sus principales modificaciones: el régimen de divorcio incausado.

A modo de dominó y desde la obligada perspectiva sistémica o coherente (conf. art. 2 CCyC), estos cambios sustanciales tienen repercusiones en otros ámbitos o relaciones jurídicas; entre ellas, en la responsabilidad civil.

Siempre desde el plano jurídico, cabe indagar si es procedente la reparación de las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de carácter moral, no jurídico, de fidelidad (art. 431 CCyC). Aquí se pretende desentrañar si los eventuales daños derivados de la infidelidad (moral como material) pueden ser reparados jurídicamente o si pasaron a engrosar el listado de los sufrimientos que toda persona protagoniza a lo largo de su vida pero que no llegan a tener su lugar en el plano jurídico. En palabras del español Diez Picazo: *“Ninguna norma del código civil garantiza a las personas que pasan por este mundo un estado de felicidad, ni que la ruptura de esa felicidad deba ser indemnizada por quien la ha roto. Hay una regla del riesgo general de la vida y es que el vivir entraña problemas, dificultades y disgustos que nadie tiene por qué*

* Marisa Herrera, Profesora Adjunta, Universidad de Buenos Aires y Titular, Universidad de Palermo. Carolina Duprat, Profesora Adjunta Universidad Nacional del Sur. María Victoria Pellegrini, Profesora Titular, Universidad Nacional del Sur.

indemnizar”¹, tomándose como eje de análisis el estado del arte durante los últimos años de la vigencia del código derogado.

2.Estado de la cuestión antes del CCyC

Cabe recordar que la doctrina nacional realizó una primera gran distinción: a) los daños que pudiera ocasionar la declaración de divorcio en sí mismo y b) aquellos que pudieran derivar de los hechos constitutivos de las causales previstas por el derogado Código Civil para acceder a un divorcio con imputación de culpa.

La cuestión relacionada a las consecuencias dañosas de los hechos constitutivos de las causales de divorcio generó un intenso debate doctrinario y jurisprudencial, cuyo momento culmine fue el resonado fallo plenario de la Cám. Nac. de Apel. en lo Civil del 20/09/1994² que por mayoría, resolvió la procedencia de la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio contencioso, en virtud del principio genérico de ‘no dañar al otro’, del derecho a la integridad personal y a la reparación integral del daño³; dejando en claro que no significaba reconocer la procedencia automática del resarcimiento, sino que exigía la concurrencia de los elementos propios de la responsabilidad civil, en especial la configuración del daño.

Sin embargo, ya por ese entonces algunas voces interesantes –aunque minoritarias- se hacían sentir. Así, se resaltaron varias consideraciones que dado su realismo y actualidad, es dable destacar dos: a) la especificidad de la relación matrimonial, que impide la determinación de un culpable y un inocente, más allá de las evidentes dificultades probatorias para arribar a la verdad material y b) la finalidad preventiva de la ley respecto a los efectos dañosos que provoca transitar un divorcio destructivo, debiendo desalentar o restringir esta vía⁴. Por último, otra posición también de tinte

¹DIEZ PICAZO, José L. “Daños civiles en el matrimonio”, en Rev. Otro sí, enero-marzo 2011, p. 7.

²CNCiv, en pleno, “G., G. G. c. B. de G., S. M.”, 20/09/1994, LA LEY 1994-E, 538.

³ El argumento fundamental de la teoría afirmativa reside en que las normas generales sobre daños y perjuicios resultan aplicables a la ley de matrimonio civil, en particular al divorcio. En este sentido, se invoca la aplicación genérica del deber de no dañar, para posibilitar que las normas de los principios generales de la responsabilidad sean las que rijan en este campo.

⁴ No se debe perder de vista el ilustrativo voto del Dr. Kiperde vital importancia para defender la desaparición del derecho de daños en el divorcio en el marco de un divorcio incausado como el que propone el Código Civil y Comercial. En esa oportunidad, se sostuvo “*que el régimen jurídico matrimonial transita por una vía netamente distintiva de la restante regulación de las relaciones humanas*”. Para arribar a esta conclusión esgrime varios argumentos, entre los que se destaca: a) “*la complejidad abarcada por la institución matrimonial, que no sólo proyecta sus efectos sobre la interacción personal de los cónyuges sino, también sobre la existente con sus respectivas familias de origen, y, lo que es fundamental, con la prole*”; b) la crítica acertada a un sistema legal que brega por una lectura de los fenómenos en términos de “*de relaciones de causa y efecto, valga la redundancia monocausales*”; c) que desde el punto de vista de la dinámica familiar y en especial, la teoría sistémica “*la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente, cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional*”; d) que “*la generalidad de estos divorcios destructivos, encuentra en el marco judicial un ámbito propicio para agudizar la pelea, para perpetrar en el tiempo su conflicto, a través de una estructura que está basada en un modelo controversial cuando la familia llega a dar forma jurídica a su ruptura, se encuentra con un cúmulo de instituciones que, sin la debida coordinación, más bien propenden a amplificar la problemática cuya solución se busca a través de las acciones que se inician.*” y e) que “*el problema no se agota en producir prueba acerca de determinados hechos, invocados en los escritos constitutivos del proceso, y dictar una sentencia, atribuyendo la culpabilidad por tales sucesos. Se trata de personas que están viviendo serias dificultades, que engendran un elevado*

restrictiva sostuvo que solo ante circunstancias especialmente particulares, es decir, en el que se presenta una "fuerza dañadora muy punzante", se habilitaba en forma excepcional la procedencia de reclamos resarcitorios.⁵

Ahora bien ¿qué sucedió luego del plenario? Transcurrieron más de 20 años, con las innegables modificaciones culturales, sociales y jurídicas, que no son ajenas a la producción autoral y jurisprudencial nacional. Sólo a modo de ejemplo, vale traer a colación cómo se fue modificando el péndulo interpretativo en lo relativo a la incidencia de la separación de hecho en la exigibilidad del por entonces deber matrimonial de fidelidad, al punto que era posición jurisprudencial mayoritaria en varios y diferentes tribunales del país que la separación de hecho producía el cese del deber matrimonial de fidelidad, sea luego de cierto número de años o ante su mera constatación.

Decidimos analizar las sentencias divulgadas en las principales y más reconocidas publicaciones jurídicas argentinas en los últimos cinco años y a lo largo de todo el país que hubieran resuelto reclamos de daños y perjuicios en el marco de un proceso de divorcio contradictorio, a los fines de constatar cuál ha sido la tendencia jurisprudencial en los años inmediatamente anteriores a la sanción del CCyC.

De un total de 33 sentencias, 17 admitieron la procedencia del reclamo indemnizatorio y 16 lo rechazaron. En casi todos los casos, reiteramos, fueron sentencias de divorcio contradictorio que representaban la modalidad de acceso al divorcio francamente minoritaria, conforme investigaciones socio-jurídicas desarrolladas y publicadas en nuestro país⁶.

2.a. Análisis y principales interpretaciones de las sentencias que hicieron lugar al reclamo de daños

2.a.1. Consideraciones generales

En el universo de fallos que hacen lugar al reclamo de daños derivado del divorcio culpable (17), la mayoría (11) corresponde a diferentes salas de la Cám.Nac.deApel. en lo Civil y los restantes (6) a tribunales del interior. He aquí algunos primerosinterrogantes. ¿Los daños en el divorcio son una realidad jurídica que acontece sólo en la ciudad capital, o sea una "problemática porteña"? ¿O será que las revistas jurídicas priorizan la mirada de estos tribunales? ¿O en la Cám.Nac.deApel. en lo Civ.son más proclives a hacer lugar a este tipo de reclamos? ¿El tema en estudio será una cuestión de las grandes urbes?

Del total de fallos compulsados solo en una oportunidad se inició una demanda de manera autónoma, en el resto se trata de planteos esgrimidos en el marco de un proceso de divorcio culpable.

En la amplísima mayoría de los casos compulsados, la cuestión del deber de fidelidad estaba presente con diferentes aristas. A continuación dividimos la interpretación de la lectura atenta de estos fallos sobre la base de dos ejes centrales: 1) situaciones fácticas presentes y por lo tanto, entidad del "daño" y 2) cuantificación del daño. Entendiéndose

monto de destructividad y sufrimiento (...) precisan toda la ayuda posible para superar tan penosa situación, y no creo que la respuesta de la jurisdicción pueda circunscribirse a un férreo respeto hacia el principio dispositivo, sino que, por el contrario, los tribunales pueden, y deben, servir como un ámbito que coordine los medios necesarios para descomprimir el sistema y buscar alternativas más saludables para los litigantes".

⁵ Voto Dres. Lueces y Molteni en "G.G.G.", 1994.

⁶Tófalo, Ariel, "El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales", RDF, nro. 53, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 247.

según se explicita en un precedente como el de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy del 09/11/2010 que la violación más grave en el marco de un matrimonio sería el deber de la fidelidad al afirmarse: “*Creemos que su demostración es más sencilla porque media la más grave de las injurias: el adulterio del cónyuge. Como afirman los juristas del "common law" el agravio moral se desprende "res ipsalocutitur" de los mismos hechos, que hablan por sí solos.*”

Los fallos compulsados son los siguientes en orden descendente:

- 1) *CNCiv, Sala G, 06/10/2014*⁷
- 2) *CNCiv, Sala E, 03/12/2012*⁸
- 3) *CNCiv, Sala M, 25/10/2012*⁹
- 4) *CNCiv, Sala G, 25/09/2012*¹⁰
- 5) *Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, sala II, 13/09/2012*¹¹
- 6) *Cám. Civ., Com., Laboral y de Minería de General Pico, 07/06/2012*¹².
- 7) *Cám. Civ., Com. y Contencioso administrativo de la Nominación de Río Cuarto, 01/06/2012*¹³.
- 8) *Cám, 2aApelaciones Civ, Com, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 10/11/2011*¹⁴
- 9) *CNCiv, Sala L, 11/10/2011*¹⁵
- 10) *CNCiv, Sala G, 05/09/2011*¹⁶
- 11) *CNCiv., Sala B, 22/03/2011*¹⁷
- 12) *CNCiv, Sala M, 17/12/2010*¹⁸
- 13) *Cám.Civ y Com. Jujuy, sala II, 09/11/2010*¹⁹
- 14) *CNCiv, Sala M, 24/08/2010*²⁰
- 15) *CNCiv, Sala I, 09/02/2010*²¹
- 16) *Cám. Civ. y Com de Azul, sala II, 03/02/2010*²²

⁷CNCiv, Sala G, L., G. M. c. B., D. H. s/ divorcio, 06/10/2014, La Ley online AR/JUR/77967/2014.

⁸CNCiv, sala E, G., J. I. c. A., M. L., 03/12/2012, La Ley online, Cita online: AR/JUR/70595/2012.

⁹CNCiv, sala M, A., N. J. c. S., J. C. s/ divorcio, 25/10/2012, La Ley online AR/JUR/62231/2012.

¹⁰CNCiv, sala G, C., L. M. c. G., P. L. s/divorcio, 25/09/2012, La Ley online AR/JUR/57676/2012.

¹¹Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, sala II, 13/09/2012, C.G.M.N. c. A.R.A., LLGran Cuyo2013 (febrero), 59 - DJ20/03/2013, 43.

¹²CámCiv, Com, Laboral y de Minería General Pico, 07/06/2012, H. v. M., AbeledoPerrot online AP/JUR/2329/2012.

¹³Cám.Civ, Com. y Contencioso administrativo la Nominación Río Cuarto, P.E.A. c. Q.S.M., 01/06/2012, La Ley online AR/JUR/34640/2012.

¹⁴Cám. 2a Civ, Com, Minas, de Paz y Tributaria Mendoza, C., R. I. c. A., S. s/ div. vinc. cont., 10/11/2011, La Ley online AR/JUR/78632/2011.

¹⁵CNCiv, sala L, S., M B c F., C A, 11/10/2011, La Ley online AR/JUR/71045/2011.

¹⁶CNCiv, sala G, T., C A c V., A D, 05/09/2011, La Ley online AR/JUR/53427/2011.

¹⁷CNCiv, sala B, F., F M v Z. P D, 22/03/2011, AbeledoPerrot online 70069488.

¹⁸CNCiv, sala M, M., A C c S. M., M C, 17/12/2010, La Ley online AR/JUR/90943/2010.

¹⁹C. Civ. Com. Jujuy, sala II, H., R T c J., R M, 09/11/2010, La Ley online AR/JUR/77246/2010.

²⁰CNCiv, sala M, W., A Jc K., A M, 24/08/2010, La Ley online AR/JUR/51590/2010.

²¹CNCiv, sala I, F., Z H c T., E C, 09/02/2010, La Ley online AR/JUR/4156/2010.

²²C.Civ. y Com. de Azul, sala II, L., G C c B., M A, 03/02/2010, La Ley online AR/JUR/32/2010.

17) CNCiv., Sala C, 02/07/2009²³

2.a.2. Algunas situaciones fácticas de este grupo de sentencias

Las situaciones que dieron lugar a la reparación del daño, siempre –salvo una excepción relacionada con la violencia- giraron en torno a la infidelidad. Por citar algunos ejemplos, en el caso resuelto el 01/06/2012 se puso de resalto que *“Resulta procedente la indemnización del daño moral ocasionado a la cónyuge que, habiéndose propuesto recomponer la relación matrimonial y en pleno intento por lograrlo, recibió una llamada por la que supo simultánea y súbitamente de la existencia de una relación extramatrimonial de su esposo y del estado de gravidez de la mujer vinculada con aquél, hechos que tuvieron entidad y gravedad suficiente para sumirla en un estado de depresión cuyas manifestaciones más relevantes fueron dos intentos de suicidio unos pocos años después”*.

También es interesante destacar como surge en algunos precedentes, el grado de stress para ambos miembros de un matrimonio que genera el divorcio contradictorio como el reclamo de daños. Así, en el caso resuelto el 09/11/2010 se expuso: *“Está con tratamiento psiquiátrico por estrés de litigios que su ex le entabla tal como lo acredita con certificado médico. Tiene problemas de piel y se hacen estudios para determinar si son por problemas nerviosos o bien por otra causa (cáncer de piel)”*. Desde otra perspectiva de análisis pero que, en definitiva, van en el mismo sentido, se destaca: *“Al llegar a la madurez es cuando se hace necesario reforzar los lazos de contención que brinda el matrimonio; cuando más se necesita del afecto cariñoso y atento del compañero de largos años de convivencia. Saber que se cuenta con él sobre todo en la precariedad física y psicológica que se da con la situación de enfermedad”*. ¿Este tipo de “deseos” son mandas jurídicas que los integrantes de una pareja deben cumplir y que si no lo hacen serían pasibles de un reclamo de daños y perjuicios? En esta misma tónica, nos encontramos con el fallo del 10/11/2011 en el que se dispuso: *“El accionado debe abonar a su ex cónyuge una indemnización en concepto de daño moral, en tanto incurrió en conductas injuriantes consistentes en el mantenimiento de relaciones afectivas con otras mujeres mientras vivían juntos”*. ¿Qué considera el tribunal que se lesionó? *“la paz en el ámbito familiar, al bienestar y felicidad en la relación conyugal”*. Una vez más, la noción de daño jurídicamente reparable o con cierta entidad para lograr una reacción por parte del sistema jurídico constituye un elemento central. ¿Es posible reparar jurídicamente y a la par, cuantificar, cualquier daño, incluso la felicidad? ¿Acaso sería jurídicamente reparable la infelicidad derivada de la ruptura matrimonial; y no la infelicidad derivada por la frustración de estar ternado en un concurso para juez en tres oportunidades y no salir seleccionado, o haber puesto todas las expectativas en que un hijo ingrese al Colegio Nacional de Buenos Aires y no haberlo logrado, o para los jugadores y el técnico de la selección nacional de fútbol haber perdido por penales la última Copa América? Por más que esta infelicidad tuviera un responsable en términos coloquiales –la institución de preparación para el ingreso, o el referí que tuvo un pésimo arbitraje- lo cierto es que nadie duda que son daños que quedan al margen de la intervención judicial.

También ingresa en este vasto campo de la intimidad de los matrimonios y sus rupturas situaciones de perdón por parte de un cónyuge a otro que después reincide. ¿Es pertinente (conf. art. 19 CN) que la justicia indague y tome partido, en definitiva, por no hacer valer el perdón que se hicieron los cónyuges y tenerlos en cuenta para evaluar la conducta de la esposa que habría seguido reincidiendo? Nos referimos al caso resuelto

²³CNCiv, sala C, T. J V c G., B M, 02/07/2009, La Ley online AR/JUR/41213/2009.

por la Cámara mendocina el 10/11/2011 en el que se puntualiza: *“al cumplirse dos años de matrimonio comenzó a observar un cambio en la conducta de la esposa, quién empezó a ausentarse del hogar para salir con amigos, salidas que se hicieron cada vez más frecuentes extendiéndose a los fines de semana, llegando inclusive a no volver a dormir; ante sus reclamos la Sra. A. cortó el diálogo y el débito conyugal, para luego confesarle que estaba embarazada de otro hombre, pero que había sido algo ocasional y no quería perder a su esposo; decidió perdonarla y continuar adelante con la relación”*; que *“Añadió que, sin embargo, la situación no se modificó y comenzó a recibir llamados telefónicos en su lugar de trabajo advirtiéndole que distintos hombres visitaban a su esposa en el hogar conyugal durante su ausencia, lo que según manifiesta, pudo comprobar en una oportunidad en que pidió permiso para salir del trabajo y sorprendió a la esposa con un hombre en la cama, a quién conocía por ser amigo de su suegro”*. ¿Acaso el perdón del cónyuge no habría significado que no le provocaba el daño que los juzgadores suponen que causa una infidelidad? En este fallo el tribunal adhiere a la postura que afirma que para hacer lugar al reclamo de daños y perjuicios debe existir un *“plus que supere las lógicas aflicciones que el rompimiento produce”*. ¿Es posible que un juez pueda saber con certeza cuándo una aflicción derivado de la ruptura matrimonial supera o pasa la barrera de lo que deberá ser la “normalidad” del umbral de dolor? La respuesta negativa se impone, por lo cual no se puede permitir a la justicia inmiscuirse y señalar límites (si se está por debajo, justo o por arriba de un dolor “normal”) cuando ello es imposible establecer porque depende de cada pareja, de cómo se fue dando la ruptura y del momento en el que se encuentre cada uno de sus miembros, todas estas indagaciones exceden con creces el campo jurídico y si se permitiesen configurarían una injerencia estatal ilegítima.

Las situaciones fácticas sintetizadas en algunos de los fallos compulsados dan cuenta de que todos estos hechos deben quedar en la esfera de la intimidad y vida privada del matrimonio que acontece en el momento más complejo de la vida de pareja.

2.a.3. La dificultad y arbitrariedad en la cuantificación del daño

Otro gran problema que se observa del análisis de este grupo de fallos es la cuantificación de la reparación. En ninguno de ellos se explicitan las variables sobre las cuales se arriba a un determinado monto indemnizatorio. A lo sumo se esgrimen afirmaciones generales del siguiente tenor: *“La edad, su condición social, el nivel de educación, la circunstancia de la gravedad de la situación, permiten estimar con criterio de equidad prudente establecer la indemnización en ...”* (fallo de la Cámara de Apelaciones de Jujuy citado), sin mencionar la edad de los involucrados, el nivel de vida y menos aún, como se hace para cuantificar la “gravedad de la situación”. En esta misma lógica incurren aquellos tribunales que se remiten al monto fijado en otro proceso sin destacar cuáles son similitudes que existe entre ambos. Como ejemplo, nos encontramos con el fallo de la Cámara Civil de Mendoza que para cuantificar sólo se destaca: *“contamos con el precedente de este Tribunal ya citado en el cual confirmamos la sentencia de primera instancia que concedió la suma de \$ 15.000, en concepto de daño moral causado a la esposa por las injurias en que incurrió el marido”*.

Más arbitrario aún se muestra lo resuelto en el fallo de fecha 22/03/2011 que tras afirmar: *“la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables (...) no ha de impedir la evaluación del juez, la que -necesariamente- tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo”*. ¿Es posible que un magistrado de la Alzada que seguramente

ni conoce la cara de las personas comprometidas en el litigio pueda saber de manera “objetiva y abstracta” cuál podría haber sido hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común? Solo pretender definir de un modo más o menos general y aceptable qué se entiende por persona común, se advierte la dificultad de alcanzar lo que pretende el magistrado, a lo cual se suma que como el demandado se encontró en rebeldía sólo se dijo: “*Para decidir el monto de la indemnización por daño moral en caso de divorcio por culpa debe tomarse en cuenta los establecidos por las distintas Salas de la Cámara en casos que presentan cierto grado de similitud*”, sin explicitarse cuáles son los casos similares y sobre la base de qué pautas se seleccionaron dichos fallos supuestamente análogos.

Para quienes defendemos la postura de que es incompatible la reparación del daño en el marco de un régimen jurídico en el que el deber de fidelidad es moral y el sistema de divorcio es incausado, se extingue también el problema de cuantificar este tipo de daños. El silencio al respecto que observaban los fallos publicados hubiera significado incumplir una manda básica como la que prevé el art. 3 del CCyC dirigida a los jueces: resolver los asuntos “*mediante una decisión razonablemente fundada*”.

En este mar de incertezas la tabla que se acompaña sobre el monto indemnizatorio fijado en los fallos compulsados pierde valor por carecer de los elementos fundamentales para la fijación de un determinado monto, incurriéndose en una total arbitrariedad que refleja a la par, la complejidad y dificultad de poder saber si hay realmente un daño jurídicamente reparable como su cuantificación. No obstante, los montos fueron los siguientes:

FALLO	MONTO DAÑO MORAL
1. CNCiv, Sala G, 06/10/2014	\$40.560
2. CNCiv, Sala E, 03/12/2012	\$25.000
3. CNCiv, Sala M, 25/10/2012	\$20.000
4. CNCiv, Sala G, 25/09/2012	\$15.000
5. Corte de Justicia de San Juan, sala II, 13/09/2012	No expresa monto
6. Cám. Civ., Com. Laboral y de Minería de General Pico, 07/06/2012	\$5.000
7. Cám. Civ. Com. y Contencioso administrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, 01/06/2012	\$15.000
8. Cám, 2a Apelaciones en lo Civ, Com, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 10/11/2011	\$10.000
9. CNCiv, Sala L, 11/10/2011	\$35.000
10. CNCiv. Sala G. 05/09/2011	\$70.000
11. CNCiv, Sala B, 22/03/2011	\$60.000

12. CNCiv, Sala M, 17/12/2010	\$40.000
13. Cám. Civ. y Com.de Jujuy, Sala II, 09/11/2010	\$30.000
14. CNCiv, Sala M, 24/08/2010	\$100.000
15. CNCiv, Sala I, 09/02/2010	\$10.000
16. Cám. Civ. y Com. de Azul, Sala II, 03/02/2010	\$10.000
17. CNCiv., Sala C, 02/07/2009	\$10.000

2.b. *Análisis y principales interpretaciones de las sentencias que rechazaron el reclamo*

2.b.1. *Consideraciones generales*

En el universo de sentencias que rechazan la procedencia de indemnización por daños pretendida (16) también es notable la cantidad de sentencias dictadas por diversas Salas de la Cámara Nacional Civil (10) respecto a aquellas de jurisdicciones provinciales (6), replicando por tanto los interrogantes que ya adelantamos al analizar las sentencias que concedieron el reclamo.

Es coincidente que en casi todos los casos la pretensión es concomitante con la demanda de divorcio culpable²⁴ y gira alrededor de divorcios contenciosos basados en el incumplimiento del deber de fidelidad, sea la causa invocada adulterio o injurias graves.

Las sentencias analizadas que rechazaron los reclamos por daños y perjuicios relacionados a la causal de divorcio, en orden cronológico decreciente, son:

- 1) *STJ, Jujuy, 02/05/2013*²⁵
- 2) *Cámara 2a Civ, Com y Min., San Juan, 22/02/2013*²⁶
- 3) *CNCiv., Sala A, 29/10/2012*²⁷
- 4) *CNCiv, Sala F, 05/09/2012*²⁸
- 5) *Cám. Civ. Com. Mercedes, Sala II, 06/08/2012*²⁹
- 6) *SCBA, 06/06/2012*³⁰
- 7) *CNCiv, Sala B, 14/07/2011*³¹

²⁴Del total de las sentencias compulsadas (16), una se refiere a una acción autónoma de daños y perjuicios posterior al juicio de divorcio en forma explícita (CNCiv., sala A, I., R. I. v. R., C. M., 15/03/2011, ABELEDO PERROT N°: 20110) y otra implícita (CNCiv., sala J, G., G. M. v. M., J. A., 27/09/2010, ABELEDO PERROT N°: 70064778).

²⁵ STJ, Jujuy, B., C. R. c. J., N. S. s/ div cont, 02/05/2013, La Ley online, AR/JUR/24112/2013.

²⁶Cám. 2a Civ, Com y Min., San Juan, V.C.H. c. C.L.C. s/divorcio, 22/02/2013, La Ley online. AR/JUR/5651/2013.

²⁷CNCiv, Sala A, 29/10/2012, P., J. L. v. B., B. L.ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3370/2012

²⁸CNCiv, Sala F, 05/09/2012, V., C. A. v. R. M., D., AbeledoPerrot online AP/JUR/3004/2012

²⁹CámCivCom Mercedes, sala II, 06/08/2012, F., D. O. v. M., N. A., ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/2136/2012.

³⁰SCBA, R., I. I. c. L., M. R. s/Divorcio, 06/06/2012, La Ley online AR/JUR/25164/2012.

³¹CNCiv, Sala B, D., I. L. c. R., M. Á, 14/07/2011, La Ley online AR/JUR/83719/2011.

- 8) CNCiv, Sala G, 12/04/2012³²
- 9) CNCiv, Sala H, 11/08/2011³³
- 10) CNCiv, Sala E, 02/05/2011³⁴
- 11) CNCiv, Sala A, 15/03/2011³⁵
- 12) CNCiv, Sala J, 27/09/2010³⁶
- 13) CNCiv, Sala A, 08/10/2010³⁷
- 14) CNCiv, Sala A, 11/02/2010³⁸
- 15) C. CivCom Mercedes, sala III, 17/09/2009³⁹
- 16) C. Civ. Com. Mercedes, sala I, 03/03/2009⁴⁰

2.b.2. Algunas particularidades para destacar

De la lectura de los fallos señalados resulta interesante destacar algunas variables que enriquecen el análisis.

El fallo jujeño del 02/05/2013 modifica el criterio que mantenía con anterioridad y señala: *"Sin embargo, y habiendo transcurrido casi diez años de esa sentencia, el cambio significativo de paradigmas en el Derecho de Familia producidos desde aquella época a nuestros días, se impone un nuevo análisis."* Se asume la importancia de las modificaciones producidas en el derecho de familia en los últimos años, fundamentalmente, a partir del cambio rotundo que generó el fenómeno jurídico de la "constitucionalización del derecho privado", impidiendo mantener las mismas interpretaciones seguidas con anterioridad a todo este proceso francamente revolucionario.

En la sentencia sanjuanina del 22/02/2013 se destaca la incidencia del paso del tiempo para configurar el concepto "daño" (que en el caso no había sido acreditado): *"Y si en este caso no se han acreditado los alegados sufrimientos padecidos por la cónyuge, como en razón del tiempo transcurrido entre la separación de hecho (2001), el nacimiento de la hija extramatrimonial del actor (2.003) y la del reclamo por la vía de la reconvenición (2007), propongo que sea rechazado el agravio referido al daño moral rechazado en la primera instancia."* Si bien en dicha sentencia se adscribe a la doctrina que exige la permanencia del deber de fidelidad hasta por lo menos dos años de producida la separación de hecho, se destaca el tiempo transcurrido hasta la incorporación de la pretensión resarcitoria por el camino de la reconvenición varios años después. ¿La actora sólo se consideró agraviada, dañada, ante el planteo de divorcio realizado por su marido varios años después de la separación de hecho? ¿O se trató de una suerte de "venganza" ante la demanda de divorcio?

La idea de venganza no es ajena a otra de las sentencias analizadas, en la cual, con un alto grado de realismo y luego de sostener el carácter restrictivo de la procedencia de los

³²CNCiv, Sala G, M., M. L. c. L., J. H., 12/04/2012, La Ley online AR/JUR/9654/2012.

³³CNCiv, Sala H, S. Q., A. c. L., Z. E. D. s/divorcio, 11/08/2011, La Ley online AR/JUR/51004/2011.

³⁴CNCiv, Sala E, 02/05/2011, M., M. v. A., J., AbeledoPerrot online 70071185.

³⁵CNCiv, Sala A, I., R. I. v. R., C. M., 15/03/2011, ABELEDO PERROT N°: 20110.

³⁶CNCiv, Sala J, G., G. M. v. M., J. A., 27/09/2010, ABELEDO PERROT N°: 70064778.

³⁷CNCiv, Sala A, O, A. M. N. c. M., H. D., 08/10/2010, La Ley online AR/JUR/71387/2010.

³⁸CNCiv, Sala A, U., M. A. c. G. G., E. O., 11/02/2010, La Ley online AR/JUR/1476/2010.

³⁹CCivCom Mercedes, sala III, S., A. T. c. F., M. R., 17/09/2009, La Ley online AR/JUR/31817/2009.

⁴⁰CCivCom. Mercedes, sala I, D., M. C. v. B., M. A., 03/03/2009, La Ley, cita online: 35031235.

reclamos resarcitorios en el ámbito del divorcio, Zannoni en el fallo del 5/09/2012 afirma: *"No parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirve más a la justificación de vindictas —prolongación del divorcio mismo con propósitos de lucro— en un contexto de litigiosidad que, por otra parte, ha hecho crisis en el derecho de familia moderno. La relatividad de las ideas de culpa y de inocencia en la frustración del proyecto matrimonial y las vías de acceso no litigiosas al divorcio por las que opta la mayor parte de los justiciables, son elocuentes."*

También se ha destacado la dificultad de configurarse otros elementos propios e imprescindibles de la responsabilidad civil, además del daño. En efecto, dada la particular naturaleza de la relación matrimonial, resulta no sólo difícil sino ontológicamente imposible determinar un único responsable o culpable en el divorcio. Ello provoca que no pueda establecerse una causalidad adecuada ante el divorcio, aún ante el hipotético supuesto de acreditar la concurrencia de daño relevante jurídicamente. Textualmente en la sentencia del 12/04/2012 se señala: *"resulta sumamente difícil, sino imposible, determinar cuál de los cónyuges es el responsable de la frustración del proyecto matrimonial que se concreta en unas causales legales de divorcio cuya demostración sólo suele constituir alguno de los síntomas visibles del deterioro matrimonial. El conflicto conyugal no es un problema de uno de los cónyuges y suele ser una reacción a la conducta del otro. Esta naturaleza circular de la interacción hace extremadamente difícil establecer quién es el responsable del fracaso matrimonial. (...) No existe el caso de aquel que alegremente incurre en adulterio o en ofensas; ello siempre se da en medio de un espectro de zonas grises donde los destinos e infidelidades rodean más la confusión de lo trágico que modos apolíneos, generadores de respuestas jurídicas (...)."*

Del análisis de la totalidad de las sentencias refractarias es posible concluir: a) en su mayoría, los hechos constitutivos de las causales de divorcio invocados y acreditados se referían al deber matrimonial de fidelidad, sea a través de la causal genérica de injurias graves o directamente adulterio⁴¹, y b) los argumentos para justificar el rechazo de la pretensión resarcitoria se reiteran y giran sobre la falta de acreditación del daño⁴², por su poca relevancia, resultando jurídicamente no resarcible⁴³ o por los límites al derecho resarcitorio en virtud de la finalidad de la ley de apaciguar conflictos familiares⁴⁴. O directamente por la ausencia de antijuridicidad en las conductas imputadas en el divorcio y, por tanto, improcedencia de la aplicación de las normas de la responsabilidad civil.⁴⁵

Así, surge nítidamente que el elemento *"daño"* es determinante para activar la responsabilidad civil, incluso en un contexto de regulación que incluía el tipo de divorcio inculpatario. Es decir, no todo daño genera el deber de responder desde el plano jurídico, de allí que no es posible pretender la reparación integral que se deriva del deber genético de no dañar o *"neminem laedere"*.

⁴¹ Todas las sentencias ya citadas, menos CNCiv, sala A, 08/10/2010, y CNCiv, sala A, 29/10/2012.

⁴² CCivCom San Juan, 22/02/2013; CCiv. y Com. Mercedes, sala II, 06/08/2012.

⁴³ CNCiv, sala A, 08/10/2010; CNCiv, sala A, 29/10/2012; CNCiv, sala A, 11/02/2010; CNCiv, sala F, 05/09/2012; CNCiv, sala G, 12/04/2012, y CNCiv, sala H, 11/08/2011; CNCiv, sala E, 02/05/2011, pues en todas estas sentencias se requiere cierto grado de afección, circunstancias extraordinarias y de suma gravedad. En concreto, daño jurídicamente relevante

⁴⁴ C. Civ y Com., Mercedes, sala I, 03/03/2009.

⁴⁵ SCBA, 06/06/2012.

Como se destaca en una de las sentencias reseñadas: "*Aun en el marco del fallo plenario "G., G. G. c. B. de G., S. M.". del 20/9/94, entiendo que las injurias acreditadas y descriptas en el pronunciamiento apelado y en el presente no configuran las particulares circunstancias exigidas por muchos de quienes concurrieron a formar la mayoría de esa sentencia plenaria...*"⁴⁶.

El punto de partida es claro en la doctrina y jurisprudencia anterior al Código Civil y Comercial: la mera sentencia de divorcio culpable no generaba daño *in re ipsa*, y así lo recuerda Kiper al votar en una de las sentencias analizadas: "*la sola circunstancia de que el divorcio sea decretado por causales subjetivas, no habilita per se la procedencia de la indemnización por daño moral que se reclama, sino que debe operar un criterio minucioso y restrictivo a fin de ponderar debidamente los delicados asuntos inmersos en estos procesos (...) su procedencia no es automática, sino que conforme se lo señaló en el voto de la mayoría, debe quedar supeditado a las peculiaridades de cada caso según el análisis de los elementos de juicio que se aporten, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que uno de ellos alega*"⁴⁷.

Otra fallo establece mayores precisiones respecto al daño con relevancia jurídica que amerite su resarcimiento: "*No se requiere que se acredite indubitadamente la cuantía económica del daño ocasionado sino, tratándose de un matrimonio en evidente estado de desquicio, que proporcione elementos que permitan considerar que el obrar de la accionada le produjo el menoscabo que alega haber sufrido. (...) Reiteradamente se ha dicho que el daño, para ser resarcido, debe ser cierto, lo cual significa que debe ser actual y debidamente verificado para poder condenarse el pago de la indemnización correspondiente, pues de otro modo podría resarcirse un daño ahora inexistente que generaría un enriquecimiento sin causa (...). De este modo, el demandante tiene que probar la existencia del daño, inexcusablemente, bajo pena de no recibir reparación alguna, en razón de que debe haber "algo" que reparar*"⁴⁸. Utilizándose el mismo criterio: "*para lograr obtener una reparación pecuniaria del honor a la dignidad herida será necesario, entonces, que el cónyuge que ha recibido tales ofensas acredite fehacientemente en el expediente que ha mediado alguna situación que exteriorice alguna afección a sus íntimos sentimientos. Caso contrario, habrá de considerarse que el hecho no tiene la suficiente envergadura como para constituir dañomoral, lo que sucede en el caso*"⁴⁹.

Cuestión enfatizada en otra sentencia y que, además, introduce con cierta timidez una distinción que marcó un nuevo camino en la evolución de la relación entre daños y divorcio: "*Según Santos Cifuentes, la reparación resulta procedente si los hechos que llevan al divorcio tienen una expansión y gravedad que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución (...) aunque la ley argentina no lo haya previsto, tales consecuencias de los actos, que van más allá de la culpa en el divorcio para entrar en el campo del ataque personal, o sea unidos a esa culpa pero separables por sus consecuencias en el daño a la persona en virtud de la gravedad de los hechos, aquí sí aparte del divorcio corresponde amparar los derechos personalísimos heridos aplicando las normas del Código*"⁵⁰.

⁴⁶CNCiv, sala G, M., M. L. c. L., J. H., 12/04/2012, La Ley online AR/JUR/9654/2012.

⁴⁷CNCiv, sala H, S. Q., A. c. L., Z. E. D. s/divorcio, 11/08/2011, La Ley online AR/JUR/51004/2011.

⁴⁸CNCiv, sala A, 29/10/2012, P., J. L. v. B., B. L. ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3370/2012.

⁴⁹CNCiv, sala E, 02/05/2011, M., M. v. A., J., AbeledoPerrot online 70071185

⁵⁰CNCiv, sala J, G., G. M. v. M., J. A., 27/09/2010, Citar ABELEDO PERROT N°: 70064778. El resaltado nos pertenece.

3. Breves reflexiones finales

Sobre este campo jurisprudencial resistente y refractario a la reparación del daño derivado del divorcio culpable, se edifica el CCyC claramente más complejo y acorde con principio de realidad que opta directamente por legislar un régimen de divorcio incausado, alejado de las nociones de reproche, culpa, ilicitud e incumplimiento, elementos básicos para la reparación civil. Desaparecidas estas ideas, ¿qué lugar le cabe a la responsabilidad civil frente al divorcio incausado? La respuesta es clara y elocuente, ninguno.

Si durante la vigencia del régimen de divorcio subjetivo en el que el deber de fidelidad era jurídico las voces jurisprudenciales eran críticas a la reparación del daño; fácil se advierte que pasado tal deber al plano moral como lo hace el CCyC, la conclusión ineludible es la imposibilidad de entrecruzar la reparación del daño con el régimen de divorcio incausado.