

EL DIVORCIO Y EL MIEDO A LA LIBERTAD: LA IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES RESARCITORIAS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

Autor: Martín Miguel Culaciati*

“Todos hablan de libertad, pero ven a alguien libre y se espantan”

Hugo Finkelstein

Resumen:

1) *Es un principio general en el Código Civil y Comercial de la Nación¹ que el divorcio no da lugar a la reparación de los daños que sean ocasionados, dado que el accionar de los cónyuges es lícito, incluso cuando se infrinjan los derechos-deberes conyugales previstos en el artículo 431.*

2) *Los deberes conyugales en el nuevo ordenamiento son -a excepción de la asistencia material- de carácter ético o moral, ya sea en forma expresa (fidelidad) o tácita (convivencia, asistencia moral). Por ello, su incumplimiento no resulta antijurídico y por lo tanto, no se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil.*

3) *Toda actuación del cónyuge que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro genera un derecho resarcitorio, pero con independencia de su calidad de cónyuge. El resto de las conductas son aprehendidas por el principio de reserva previsto en el artículo 19, CN.*

1. Introducción

Los daños derivados del divorcio se desprendían del régimen subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de algún derecho-deber jurídico del matrimonio el que, al configurar un hecho ilícito, generaba el deber de reparar. Esta mirada se encontraba apoyada en el orden público como su pilar fundamental.

Los daños y perjuicios derivados del divorcio durante varios años han desvelado a la doctrina y jurisprudencia nacional, cuyas controversias concluyeron, en parte, con la

* Ayudante de Segunda en la cátedra Wagmaister-Herrera de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La doctora Marisa Herrera avala esta ponencia en su carácter de profesora adjunta en la cátedra de la Dra. Adriana Wagmaister de la Facultad de Derecho (UBA).

¹ En adelante, CCyC.

doctrina legal sentada en un fallo plenario² de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Allí se dijo: *“En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”*.³

El voto de la mayoría expuso, en lo que aquí interesa, que *“la satisfacción de la víctima del daño moral generado por los hechos que desencadenaron el divorcio, no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor, lo que explica que si se atiende a las finalidades indemnizatorias deba imponerse en forma paralela el correspondiente resarcimiento (...)”*.

Por el contrario, el voto de la minoría rechazó la aplicación de los daños entre cónyuges, en el entendimiento de que lucrar con la deshonra resulta contrario a la moral y las buenas costumbres. En esa línea argumental se afirmó que *“el matrimonio no puede tener un sentido especulativo, en cuanto a tener asegurada una buena conducta gracias a la coerción que significaría la imperatividad de una reparación basada en actitudes que difieren del comportamiento común de las personas, y aventar todo peligro del fracaso matrimonial, al que contribuyen ambos cónyuges por más que no se pueda graduar la culpabilidad”*.

La opinión minoritaria trajo a colación dos argumentos que nos resultan de particular interés porque apelan al principio de realidad⁴. Allí se dijo: *“Quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido con todo lo que ello implica. Si por distintas circunstancias, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias deben ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso tan trascendental. Con lo que, acordar por vía jurisprudencial una indemnización, significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos”*.

Consideramos que opiniones como la doctrina legal que sentó este plenario son las que tienden a reforzar la idea de matrimonio-castigo; de hecho, nos preguntamos si la tesis afirmativa ¿no provoca un temor a contraer matrimonio? ¿No estimularía indirectamente el abandono de los acuerdos y consecuentemente un prejuicio para los hijos? Cuando una persona contrae matrimonio ¿No resultaría previsible que exista un potencial error o equivocación en la elección de la pareja?

² CNCiv., en pleno, 20/09/1994, en autos “G., G.G v. B de G., S. M.”, LL, 1994-E, 538; JA, 1994-IV, 549; DJ, 1994-2-1171.

³ Con relación a los alcances del plenario, el doctor Mizrahi sostuvo que: *“Tal doctrina obligatoria en modo alguno presume la existencia de un agravio moral en el cónyuge inocente una vez declarado el divorcio vincular; pues se dejó librado al prudente arbitrio judicial la facultad de indemnizar o no este perjuicio -en caso de que sea reclamado por el cónyuge no culpable de la disolución del vínculo matrimonial-, de acuerdo a las circunstancias que plantee cada caso concreto, y una vez evaluado si concurren todos los presupuestos de la responsabilidad civil”*. CNCiv., sala B, 28/04/2006, LL, 2006-D, 339 y DJ, 2006-2-792.

⁴ Véase FAMÁ, María Victoria y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional” (columna de opinión), LL, diario del 11/05/2005.

2. Los sentimientos bajo el prisma de la juridicidad

En este acápite pretendemos analizar los sentimientos, manifestados como valores éticos, bajo el prisma de la juridicidad y, en particular, la relevancia del afecto. A todo evento nos preguntamos: ¿Hay una responsabilidad por no querer más a alguien?

En la Exposición de Motivos de la ley española 15/2005 se menciona que *“la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad”*. De este modo, la idea del legislador ibérico es que, desaparecido el afecto entre los cónyuges, desaparece también la razón de ser de la relación conyugal.

La afectividad es una característica implícita de la unión matrimonial -como lo es, en general, en los estados civiles- pero hasta ahora era jurídicamente irrelevante. Con la introducción de un régimen de divorcio sin expresión de causa se produce lo que nosotros denominamos la “juridización” del afecto. Creemos que el matrimonio es una unión libremente consentida, basada en el afecto, que sólo subsiste mientras dure éste; de ahí, la relevancia de su desaparición como fundamento del divorcio.

El afecto -y la falta de él- comenzaron así a tener efectos jurídicos y es puesto de manifiesto en el CCyC que fundamenta el divorcio en la ruptura del proyecto biográfico de los cónyuges lo que, en definitiva, implica la pérdida en uno o en ambos del afecto mutuo. Los fundamentos del otrora Anteproyecto despejan cualquier posible duda, al advertir que *“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 suma, el deber moral de fidelidad no podrá ser causa fuente de reparación civil, con total independencia que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño que sí sea jurídicamente reparable por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil como por ejemplo, actos de violencia de un cónyuge hacia el otro, o situaciones que afecten al honor o la intimidad como ser difamar por las redes sociales o en lugares públicos a un cónyuge o ex cónyuge. En todos estos casos, el deber de reparar no deriva de la violación a un derecho- deber moral del matrimonio, sino por el hecho de ser persona y ver conculcados derechos que lo afectan y agravan de manera directa.⁵

Ocurre que el divorcio en sí mismo no genera ni puede generar responsabilidad, porque *“no puede existir expectativa a la vida matrimonial indemnizable”*.⁶

El art. 431 dedicado a los derechos y deberes matrimoniales no debe analizarse

⁵ En los casos de violencia en la pareja, la ley 26.485 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales” prevé explícitamente la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos al expresar en su art. 35: *“Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”*.

⁶ Lorenzetti, Ricardo L., Conferencia brindada en la sala Martín Coronado del Complejo San Martín el 22/10/2014. Disponible *online* en: <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=2473&sec=14>

aisladamente, sino en el contexto legal del divorcio, dada su innegable interacción o interrelación, por imperio de la interpretación y aplicación sistemática impuesta por los artículos 1 y 2 del CCyC.

Reiteramos entonces, que el incumplimiento de los derechos deberes conyugales en un régimen de divorcio sin expresión de causa, desde una mirada sistémica e integral del CCyC, no habilita la reparación de los daños al esposo supuestamente afectado.

3. La filtración de la culpa a través de los daños y perjuicios

A esta altura del análisis, queremos avanzar en torno a una mirada crítica con relación al daño moral en el divorcio, pues advertimos que en otros países que han adoptado el régimen de divorcio sin expresión de causa, la culpa ha intentado filtrarse a través de los daños y perjuicios.

En España, tras la entrada en vigor de la ley 15/2005, se produjo un incremento de los fallos que han resuelto acerca de la procedencia del resarcimiento emergente del incumplimiento de los deberes conyugales⁷. Este aumento de los planteos resarcitorios demuestra que la culpa por la ruptura, antes canalizada a través de las causales subjetivas de divorcio, se filtra hoy en el campo de los daños y perjuicios.

Ahora bien, aquel panorama ¿podría reproducirse en nuestro país? Justamente, a fin de evitar aquella situación, resulta fundamental determinar en qué supuestos las conductas de un cónyuge con el otro, darían origen a una indemnización por los daños sufridos. Ello así, pues si aceptáramos una postura permeable a la reparación pecuniaria por el incumplimiento de un deber marital se correría el grave riesgo de reintroducir la noción de culpa, contraria a la letra y el espíritu del CCyC. Una mayor presencia del derecho de daños en el ámbito del derecho de familia luce como un intento de recuperar un juicio moral o crítico sobre el comportamiento de los esposos durante el matrimonio, en un contexto normativo que ha derogado el divorcio por culpa.

En ese sentido, se sostuvo⁸ que no parece tener cabida esta nueva forma de sancionar al cónyuge imponiendo penas económicas en función de su conducta cuando ésta se aleja de las reglas morales socialmente establecidas. Más aún si advertimos el carácter resarcitorio y no punitivo del derecho de daños, cuya finalidad es la reparación de los perjuicios injustamente sufridos y no la sanción al sujeto que los ocasiona.

En fin, toda actuación del cónyuge que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro genera un derecho resarcitorio, pero con independencia de su calidad de cónyuge. El resto de las conductas son aprehendidas por el principio de reserva previsto en el artículo 19, CN. Esta aseveración nos conduce a indagar en torno

⁷ El Tribunal Supremo español sostuvo que “*si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación... no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible ‘descausalizar’ tanto la separación como el divorcio*”.

⁸ FAMÁ, María Victoria, “Jurisprudencia española. La reparación por daños y perjuicios frente al divorcio incausado”, cita *online*: AP/DOC/1092/2013.

a las conductas no exigibles a los cónyuges, pues no existe una acción para reclamar por su cumplimiento⁹. ¿Puede alguien ser obligado a amar o a continuar amando a otro?

La respuesta negativa se impone, pues pretender cercenar la libertad emocional de las personas y su proyecto biográfico al sólo fin de mantener vigente un vínculo registral creado en base a una situación fáctica que ya no existe, no es algo esperable de la ley y, resulta tan absurdo como querer imponer el amor por decreto.

Zannoni¹⁰ afirmó “*el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible, ante el fracaso de la convivencia matrimonial (...). No parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirva más a la justificación de vindictas -prolongación del divorcio mismo como propósito de lucro- en un contexto de litigiosidad que por otra parte ha hecho crisis en el derecho de familia moderno*”. Nadie puede tener una expectativa exigible al cumplimiento de un proyecto de vida en común, pues ello implica transformar en coercible el afecto. No puede imponerse a un cónyuge que posea determinados sentimientos por el otro, ni sancionarse al esposo por no tenerlos.

4. A modo de síntesis

El CCyC le ha otorgado al deber de fidelidad un carácter moral expreso, por lo que mal puede desprenderse de su incumplimiento un deber resarcitorio¹¹. Y lo propio ocurre con el deber de convivencia pues, a nuestro juicio, también posee un carácter moral tácito, por cuanto en un régimen de divorcio sin expresión de causa, su violación no ocasiona sanción civil alguna.¹²

Ahora bien, el análisis debe ser más amplio. En el ámbito de la responsabilidad civil, la antijuridicidad es indispensable para que surja el deber de resarcir (art. 1717), y este presupuesto ya no podrá sustentarse en la existencia de una causal culpable. Los daños derivados del divorcio se desprendían del régimen subjetivo. Actualmente, la

⁹ En tal sentido, se ha dicho que: “hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos jurídicamente: derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir... No todo daño moral debe ser jurídicamente resarcido: la traición de un amigo, la desazón de no obtener un empleo, la frustración de un negocio, el desengaño amoroso, la decepción por no aprobar un examen, que el cónyuge no sea un atento y fiel compañero/a...”. Ocurre que “no existe un derecho general a la felicidad que pueda ser ejercitado ni siquiera en el ámbito propio del matrimonio”. DE FILIPPIS, Bruno, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione en el divorzio*, Cedam, Padova, 2003, p. 24, cit. por LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, en Revista *InDret* n° 4/2010, Barcelona, 2010, www.indret.com/pdf/783_es.pdf

¹⁰ Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 237 y 238.

¹¹ Herrera, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, *LL*, 2015-A, 927.

¹² Puede verse Herrera, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 39.

transgresión de los deberes maritales podrá ser susceptible de un mayor o menor reproche social -de acuerdo al momento y contexto sociocultural- pero ya no constituirá ilícito alguno.

Entonces, en cuanto al interrogante sobre si procede o no la acción de daños generados por un cónyuge a otro, la respuesta negativa se impone, pues no existen razones que permitan determinar la ilicitud de la conducta del cónyuge, por más reproche social que pueda ocasionar el adulterio o la falta de cohabitación. Todas estas acciones u omisiones de los cónyuges deben ser consideradas como una manifestación de la libertad persona del esposo que las realiza y se encuentran amparadas por el principio de reserva consagrado en el art. 19, CN.

Cuando el accionar de un cónyuge provoca una lesión o menoscabo a los llamados derechos de la personalidad, el estado conyugal no servirá de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos o cuasidelitos. Es que en esos específicos supuestos, los cónyuges no serán convocados como tales, sino como víctima y victimario, quedando desplazado el derecho matrimonial.¹³

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.).¹⁴

¹³ CNCiv., sala B, 28/04/2006, *LL*, 2006-D, 339 y *DJ*, 2006-2-792 (del voto del Dr. Mizrahi).

¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aida y Herrera, Marisa, “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, *LL*, 2015-C, 1280.