

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DIVORCIO INCAUSADO: ¿COMPATIBILIDAD O CONTRADICCIÓN?

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

Resumen:

La presente ponencia integra una trilogía en torno a los daños derivados del divorcio incausado en el contexto del replanteo sustancial y crítico del Código Civil y Comercial (CCyC). Concluimos en afirmar la abierta contradicción entre el derecho de daños y el divorcio incausado. En este ámbito se genera una de las más arduas discusiones, que esconde una fuerte resistencia de algunos sectores al divorcio inculpatorio y, en particular, a que la justicia no se inmiscuya en la intimidad sexual, a pesar del principio constitucional de reserva (art. 19 CN). Sostenemos que en el CCyC el incumplimiento del deber moral de fidelidad no habilita la aplicación de normas indemnizatorias al no configurarse un daño jurídicamente resarcible, pues no toda afección o dolor trasciende al ámbito resarcitorio.

1. Introducción

Los cambios sustanciales en la regulación de los deberes matrimoniales del CCyC modifican el alcance de los deberes matrimoniales de contenido jurídico: potencia la asistencia y la cooperación, y suprime el deber de fidelidad, reducido a la faz moral¹.

La fidelidad sale de la esfera jurídica y su incumplimiento no acarrea sanción alguna al suprimirse el divorcio causado culpable (además del objetivo). Tal supresión se basó en la experiencia judicial que, como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto, demostró el grave desgaste emocional al que se exponían las partes y sus familias en un divorcio contencioso; agregándose que la legislación debía contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. En este contexto: “*La eliminación de las causales subjetivas es una forma de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio*”.

En esta tercera y última parte de la trilogía, analizamos por qué a la luz del CCyC resulta improcedente la reparación del daño derivado del incumplimiento del deber moral de fidelidad, es decir, por qué el dolor que pudiera causar la violación a la fidelidad dentro del matrimonio forma parte del amplio listado y espectro de dolores que sufren las personas en su paso por la vida de relación sin trascender al plano jurídico.

* 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.

¹MOLINA de JUAN, Mariel, Comentario art. 431 CCyC en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T II, www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf, (compulsado 4/08/2015)

2. Daños y divorcio: doctrina en el contexto del Código Civil derogado

Sostuvimos en la primera ponencia que, en el marco del Cód. Civ. derogado, la jurisprudencia no fue unánime en la cuestión; evidenciando un proceso de mayor reticencia a conceder indemnizaciones, fundado, entre otros argumentos, en la falta de configuración de daño jurídicamente relevante. En el ámbito de la doctrina autoral se observa un proceso similar, claramente restrictivo.

Desde autores tradicionales como Bibiloni y Borda² hasta autores más modernos, con fundamentos jurídicos y metajurídicos sostuvieron la improcedencia de planteos resarcitorios en el marco del divorcio³. Entre los argumentos jurídicos señalamos: 1) imposibilidad de aplicar principios generales de la responsabilidad civil por la especialidad del derecho de familia y las características propias de la institución matrimonial, que impedian utilizar normas del ámbito negocial o derivadas de los hechos ilícitos; 2) silencio de la ley para el divorcio a pesar de disponer expresamente su viabilidad ante la nulidad matrimonial (art. 255 C.Civ. derogado)⁴; 3) “error de elección”, y por ello soportar el fracaso⁵; 4) imposibilidad de proyectar sanciones resarcitorias propias del incumplimiento obligacional a la infracción de deberes de contenido extrapatrimonial, como la fidelidad o la asistencia entre cónyuges. Entre los argumentos metajurídicos: a) crisis del concepto de culpa, por las muy específicas características de la relación matrimonial y por la grave dificultad de arribar a la verdad real; b) imposibilidad de indemnizar por el desamor que evidencia todo quiebre matrimonial; c) tendencia a favor del divorcio objetivo en las legislaciones más modernas, advirtiéndose que admitir la procedencia de los reclamos indemnizatorios constituía un incentivo para los divorcios controvertidos, con el consecuente desgaste y destrucción para toda la familia, y como contrapartida, la reducción de acuerdos

²BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho civil. Familia*, Bs. As., La Ley, 10° ed. 2008, t. I, n° 604; “Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”, ED t. 147, 1992, p. 813

³ Hoy se suman a la posición negativa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, LL 2015-C, 1280; HERRERA, Marisa, “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación (primera parte), diciembre, La Ley- Thomson Reuters, BsAs, 2014, p. 53; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Daños entre familiares”, LL 2015-A, 562; SANCHEZ, Lorena A., “El deber moral de fidelidad en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2015 (agosto), LL, p. 62; ROVEDA, Eduardo G. - SASSO, Marcela L., - ROBBIA, Mercedes, “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, DFyP (julio), LL, BsAs, 2012, 36; MIZRAHI, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 2° ed. act., 2006, págs. 745/796; “Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas”, JA, 1991-IV-680; y “Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil”, LL 1996-D-1702; IBARLUCIA, Emilio, “El reclamo de reparación del daño moral por las causales subjetivas de divorcio. La correcta interpretación de la ley y la cuestión constitucional”, RDF, n° 45, Marzo/Abril 2010, p. 85; SOLARI, Néstor, “Responsabilidad civil y divorcio”, LL 2001-D-1182; y “El daño moral en el divorcio” LL Noroeste 2006-901

⁴ “Aquí el silencio de la ley - que no importa vacío alguno - tiene una expresión relevante; es intencionado en el sentido de que contiene una señal, diríamos un indicio vehemente en sentido negativo”. MIZRAHI Mauricio “Improcedencia de las indemnizaciones por daños...”, op.cit

⁵ “Quien contrae matrimonio lo hace prestando 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.”, voto en minoría en plenario GGG citado

conciliatorios; d) limitación al derecho a la reparación por otros valores de peso, como la solución armoniosa de los conflictos matrimoniales, y la tutela integral de la familia, en especial de los hijos⁶.

En cambio, otro grupo de autores han sostenido, siempre en el contexto de un régimen legal de divorcio inculpatario, que las normas generales de responsabilidad civil por actos ilícitos eran aplicables ante la ilicitud de los hechos constitutivos de las causales de divorcio y por derivación del principio de no dañar.⁷

Por último, surgió una postura intermedia que en principio rechazaba la procedencia de reclamos indemnizatorios, salvocando el daño hubiera causado un fuerte sufrimiento al cónyuge⁸. Era una posición permisiva restringida, que otorgaba una excepción a la negativa. En este contexto, cabe traer a colación el replanteo de la posición de Zannoni⁹ quien en un principio se enrolaba en la tesis afirmativa y luego modificó su criterio.

Sintetizados los principales argumentos de las tres posiciones (negatoria, afirmativa e intermedia), fácil se observa que si el argumento más defendido de la tesis afirmativa giraba en torno a la antijuridicidad derivada de la violación de los deberes matrimoniales, en el marco de un divorcio incausado como el actual, la única tesis viable es la negativa.

3. El divorcio incausado del Código Civil y Comercial

Como se adelantó, el CCyC introduce modificaciones sustanciales en el régimen del divorcio, estableciendo una única modalidad de acceso al mismo, *sin expresión de las causas*. Este cambio radical impide continuar utilizando argumentaciones desarrolladas en torno de un divorcio culpable, pues el escenario ha variado rotundamente.

La opción del CCyC tiende a la pacificación de las relaciones de familia. Como consecuencia lógica, resulta improcedente retomar el conflicto a través del reclamo de daños y perjuicios. Ante este nuevo texto normativo y siempre de conformidad con los principios interpretativos del art. 2 CCyC, principalmente la coherencia, no queda espacio para reproducir aquellos argumentos esgrimidos por la posición afirmativa. Tan es así que en los Fundamentos del Anteproyecto (herramienta interpretativa de suma

⁶FAMÁ, María Victoria y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Divorcio y daño moral: una mirada constitucional", LL 11/05/05, AR/DOC/1061/2005

⁷TRIGO REPRESAS, Félix y LOPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, t. IV, 2004, p. 281; JALIL, Julián, "Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil", RDFyP año 3, n° 1, Enero/Febrero 2011, p. 13; MANCHINI, Héctor, "Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio", JA 1986-I-727; NOVELLINO, Norberto, *La causal de adulterio y los daños producidos al cónyuge inocente*, en NOVELLINO, Norberto (coordinador) *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia*, Bs. As., ed. La Rocca, Cuarta Parte (A), 2000, p. 337; SUAREZ, Roberto C., "Responsabilidad civil del cónyuge culpable de la separación personal y del divorcio vincular", ED 139, 1990, p. 269.

⁸CIFUENTES, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", LL 1990-B-805. Como magistrado integrante de la sala C defendió la tesis del "daño punzante" (CNC sala C 17/5/1988, LL 1988-D-377); LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., ed. LexisNexis, 2006, p. 821; BOERO, Víctor, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, en NOVELLINO, Norberto (coordinador) *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia*, op. cit., p. 329; BOSCH MADARIAGA, (H), *Daño moral en el divorcio. Análisis jurisprudencial de su procedencia y cuantificación*, DJ 2007-2-1111; MAKIANICH DE BASSET, Lidia, "Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable de divorcio", ED 115, 1986, p. 845

⁹ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, tomo 2, Astrea, 3ra edición actualizada y ampliada, BsAs, 1998, p. 231. *Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio vincular*. MJ-DOC-3352-AR | MJD3352

relevancia) se asevera de manera precisa y enfática 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"¹⁰.

A su vez, el deber de fidelidad es estrictamente moral (art. 431 CCyC). Ya hemos constatado por vía de la interpretación jurisprudencial que la discusión se centraba en "determinar si corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de deberes típicamente conyugales. O sea, incumplimiento de deberes que no se tienen frente a cualquier persona sino sólo respecto del cónyuge"¹¹, deberes que por aquel entonces eran de carácter jurídico. Entonces, es absolutamente coherente interpretar que ante el evidente cambio normativo que relega el cumplimiento o no del deber de fidelidad a la zona de reserva e intimidad (conf. art. 19 Constitución Nacional), no corresponde habilitar reclamos resarcitorios derivados de su incumplimiento.

Como lo sintetiza Kemelmajer de Carlucci: "Los tribunales no deben ser un instrumento para agudizar el conflicto, sino para solucionarlo. Así lo reconocen los jueces que no huyen de la realidad: 'el daño que provoca al grupo familiar la creación judicial de la figura de un culpable es el veneno que se destila en el seno de la familia. No es casual, por ende, que a estos tipos de divorcios se los haya calificado –por la más autorizada doctrina psicológica y psicoanalítica– como de naturaleza maligna y destructiva. Los jueces están obligados a proteger a la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); y también tienen el deber de no privar a los ciudadanos de su necesario ámbito de intimidad (art. 19 de la CN); por lo que, también desde esta perspectiva, configura un error extralimitar el alcance del art. 202, inc. 5º, del Código Civil – como si no existieran otras normas en nuestro ordenamiento jurídico– y proceder a inculpar a un esposo que tomó la sana y oportuna iniciativa de poner fin a una convivencia dañina, gris y corrosiva, que a nadie beneficiaba"¹².

4. Los elementos de la responsabilidad civil. El daño jurídicamente resarcible

Tampoco desde la óptica del derecho de daños es procedente una indemnización por daños derivados de la violación del deber moral de fidelidad.

Durante la vigencia del régimen anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostenían que el dictado de una sentencia de divorcio culpable no generaba automáticamente la reparación de eventuales daños, sino que resultaba imprescindible cumplimentar todos los elementos exigidos por la responsabilidad civil. Uno de ellos, la antijuridicidad, derivaba de la violación de los deberes matrimoniales legalmente impuestos.

¹⁰ Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, BsAs, diciembre 2012, p. 576

¹¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Divorcio sin expresión de causa y derecho de daños", en Derecho Moderno. Liber Amicorum Marcos Córdoba, Autores Varios, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2013, T. I, 413 y Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Profesor Guillermo Montoya Pérez, AAVV, Bogotá, 2014, p. 65

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Tratado de Derecho de Familia según Código Civil y Comercial de la Nación, Capítulo Introductorio, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2014, p. 9

En el marco de un divorcio incausado, algunos autores han interpretado que dado el carácter moral de la fidelidad, sin disponerse efectos jurídicos, no resulta necesario evaluar sus consecuencias y por consiguiente no genera reparación.

Precisa Kemelmajer de Carlucci que esta toma de posición exigió ser coherente con tres reglas generales, base del CCyC: a) el proceso de constitucionalización del derecho privado; b) la eliminación del divorcio contencioso; c) la modificación del carácter de los deberes matrimoniales. En el ámbito del derecho de familia, ello implica reconocer el derecho de *toda persona* a su vida íntima y familiar, pasando de la familia como organismo, a la persona, como titular del derecho a vivir en familia. Sintetiza: *"Hoy el panorama está claro: unos son los daños sufridos por la persona en cuanto tal (regidos por el derecho de la responsabilidad civil); otros los que se pretenden como derivación del incumplimiento de los deberes conyugales de alto contenido moral, dejados, en consecuencia, fuera de la autoridad de los magistrados"*¹³.

Por otra parte, en el CCyC la antijuridicidad surge ante la constatación de un daño, que no esté justificado (art. 1717 CCyC). Por ello se ha expresado que *"Todo el edificio de la responsabilidad civil se erige partiendo de la existencia de un daño resarcible. Es éste su elemento fundamental, más allá de los restantes presupuestos que lo tornan indemnizable. Tal es la importancia de este elemento de la responsabilidad civil en la actualidad que, incluso, su producción conduce a presumir otros presupuestos de la obligación resarcitoria, como sucede con la antijuridicidad"*¹⁴.

Desde otro ángulo, se arriba a la misma conclusión. En efecto, sostiene Kemelmajer de Carlucci: *"Un deber es jurídico cuando su violación genera consecuencias jurídicas, entre otras, la de indemnizar los daños y perjuicios"* y *"Por el contrario, el deber de fidelidad es moral y, consecuentemente, su mero incumplimiento no da lugar a los daños y perjuicios"*, para concluir que *"Se cierran, entonces, las acciones tendientes a la reparación de daños provocados por las causales subjetivas de divorcio vinculadas a los deberes de fidelidad y convivencia, que aumentan la litigiosidad, generan mayor deterioro en las relaciones de los cónyuges y de éstos con los hijos, y operan, en un número no despreciable de supuestos, como una herramienta de extorsión a fin de obtener ventajas en los acuerdos de partición."*

Entonces, el daño es el elemento central que estructura todo reclamo resarcitorio. Respecto a las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sostenidas en el contexto del Código Civil derogado, señala Kemelmajer: *"De cualquier modo, las tres coinciden en que "el daño moral no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí; la sensación de fracaso y frustración que se vuelca en el otro por no haber podido concretar los proyectos conyugales, es algo inherente a la pérdida. Por eso, no se trata de un daño in re ipsa"*¹⁵.

Si en el marco de una legislación que admitía la culpa todas las teorías rechazaban la configuración *in re ipsa* del daño derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, mayor rechazo aún en un ordenamiento inculpatario.

Pero además ¿todo daño es indemnizable? No, sólo tiene relevancia jurídica el daño derivado de la vulneración a un interés jurídico.

¹³ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída Divorcio sin expresión de causa y derecho de daños op. cit.

¹⁴ SAENZ, Luis "El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil", www.infojus.gob.ar/ (consultado 10.8.15)

¹⁵ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, Divorcio sin expresión de causa y derecho de daños, op. cit.

Al respecto, Bueres distingue la afectación espiritual del daño resarcible. Para ejemplificar, señala el menoscabo espiritual que sufre la novia a raíz del homicidio de que fue víctima su novio, o el daño en la integridad espiritual de un hermano por el fallecimiento del otro, o cuando el hijo pequeño sufre una incapacidad física que lo incapacitará para el resto de su vida, y los padres reclaman el daño moral que les ocasionó el hecho ilícito. En estos supuestos, existe una afectación espiritual, pero, sin embargo, no existe un daño resarcible, por ausencia de un interés jurídico vulnerado. En síntesis, la consecuencia o resultado no configura *per se* el daño jurídico, pues no todas las consecuencias disvaliosas que sufre el sujeto ameritan un resarcimiento¹⁶.

Una gran cantidad de hechos que aunque produzcan un impacto subjetivo no configuran daño jurídico. Por ejemplo, en los esponsales, la ruptura intempestiva de uno de los novios puede generar enorme dolor al otro, pero se excluye la posibilidad de reclamo indemnizatorio. El CCyC priorizó la libertad de casarse o no casarse por sobre el daño que eventualmente pudiera generar el incumplimiento de la promesa matrimonial. De igual modo, al establecer naturaleza moral a la fidelidad quedó fuera de la tutela del ordenamiento jurídico: las eventuales consecuencias de su incumplimiento son jurídicamente irrelevantes pues *"sólo tendrá importancia el daño relevante jurídicamente, de forma tal que todo aquél interés que no encuentre tutela en nuestro ordenamiento jurídico, y que sea lesionado, no dará lugar al pago de una indemnización"*¹⁷.

Desde la perspectiva del derecho de daños, Acciarri¹⁸ estima que las consecuencias derivadas de la infidelidad no configuran daño jurídico. Porque al exigirse *seriedad* en el daño (como requisito implícito del daño jurídico) *se alude a un estándar social*, que cuando no es alcanzado queda fuera del ámbito jurídico. Por ejemplo, si mi mejor amigo no me acompaña en un momento trágico de mi vida, o se niega a donarle sangre a mi familiar que luego fallece, sin lugar a dudas me causa angustia, tristeza, depresión, dolores infinitamente superiores al que me generaría si me chocaran el auto. Pero esto último constituye daño jurídico y aquello no, porque encuentra tutela jurídica en el ordenamiento. Ello no se relaciona con la *intensidad* del dolor, sino con la *clase de hechos implicados, a la luz de los estándares sociales*, los cuales, a su vez, están influenciados por el ordenamiento jurídico vigente. Tal como ya hemos explicado, el CCyC genera otras expectativas de comportamiento, porque no sanciona las acciones que llevan a la conclusión del matrimonio. Por ello, el incumplimiento del deber de fidelidad no genera un daño jurídicamente indemnizable. Esta línea argumental es seguida por varios autores nacionales que defienden tanto el divorcio incausado como la incompatibilidad entre este sistema y las normas de la responsabilidad civil.¹⁹

¹⁶BUERES, Alberto, *"El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta"*, en Félix Trigo Represas – Rubén Stiglitz, Derecho de Daños. Libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., La Rocca, 1996, p. 142 y ss.; BUERES, Alberto, *"Comentario al art. 1066 del CC"*, en Alberto J. Bueres (dir.) – Elena I Highton, Código Civil y normas complementarias, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 3, p. 172, citado por Saenz, Luis R. J. *"El daño resarcible..."*, op. cit

¹⁷ SAENZ, Luis R. J. *"El daño resarcible..."*, op. cit

¹⁸ ACCIARRI Hugo, Conferencia dictada en las Jornadas Preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Monte Hermoso, 5/12/2014

¹⁹ Entre otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, *"El divorcio sin expresión de causa y los deberes..."*, op.cit; HERRERA, Marisa, *"El régimen de divorcio incausado ..."*, op.cit; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *"Daños entre familiares"*, op.cit; ROVEDA, Eduardo G. - SASSO, Marcela Lorena - ROBBA, Mercedes, *"El divorcio en Proyecto..."*, op. cit.; SÁNCHEZ, Lorena Alejandra, *"El deber moral de fidelidad ..."*, op.cit.

5.Un argumento por comparación

Nos parece importante destacar el siguiente argumento por comparación que no se suele divisar al analizar la cuestión.

Reiteramos ya el carácter moral del deber matrimonial de fidelidad, o sea, fuera de tutela jurídica. Si lo que se pretende reparar es el perjuicio sufrido por el menoscabo a la confianza (que fundaría el deber de fidelidad) cabría preguntarse por qué la solución debería ser diferente en el ámbito de las uniones convivenciales e incluso en las simples convivencias (las que no cumplen con los requisitos de los arts. 509 y 510).

¿Ese deber moral no existe por tratarse de un vínculo afectivo entre dos personas que, aunque comparten un proyecto de vida en común, decidieron no contraer matrimonio?

Cabe recordar que la doctrina mayoritaria ha defendido la idea de que la ruptura de la convivencia no da lugar a reparación de daño. Un autor tradicional como Vidal Taquini sostuvo: *“Así como la jurisprudencia es firme en no aceptar el efecto societario del concubinato, también lo es la consideración que la ruptura intempestiva de la convivencia por más prolongada que fuere en el tiempo, no importa antijuricidad ni se la puede entender abusiva cuando se produce a raíz del cambio de los sentimientos de ellos, resultando improcedente la indemnización por daños y perjuicios por más que se invoque dependencia de uno respecto del otro”*²⁰. En esta misma línea Molina Quiroga expone: *“Reiteramos que —siguiendo la tendencia observada por la doctrina, en los supuestos de ruptura de común acuerdo de la unión convivencial—, en principio, no se producen problemas relacionados con la responsabilidad extracontractual. De no existir un acuerdo que regule la separación de los convivientes, cuando la finalización se produce de mutuo acuerdo, no existirán obligaciones entre ellos, ya que no las hay de origen legal y el acuerdo impide el planteo de una obligación delictual, en principio”*²¹. Por su parte, Fleitas Ortiz de Rozas afirmó que *“(…) un concubinato se realiza entre dos personas que deciden llevar adelante una unión libre, sin obligación de convivencia, lo cual implica el derecho de cualquiera de los dos a poner fin a la relación. La ruptura del concubinato no sería un ilícito y no podría generar derecho alguno, salvo en los casos en que la ley específicamente lo establezca. El abandono no constituye un acto antijurídico y, en consecuencia, al faltar uno de sus presupuestos, sería inapropiado atribuir una responsabilidad a quien interrumpe la convivencia. Al no existir derecho, no existe acción”*²². Exactamente el mismo argumento cabe para el daño moral de fidelidad en el marco de un divorcio incausado.

Incluso el debate se dio en jurisprudencia, rechazando la reparación del daño por cualquier conducta en la ruptura convivencial: *“Como en el abandono por parte de uno de los concubinos del hogar no existe antijuridicidad, tal concubino no es responsable por los daños que el otro sufre en su conducta. En efecto el concubinato podrá generar otros derechos pero jamás el de ser indemnizado por los perjuicios que pudiera sufrir el que no decide interrumpir esta situación”*.²³

²⁰VIDAL TAQUINI, Carlos *“Ni el concubinato ni la unión convivencial del Proyecto originan una sociedad de hecho”*, DFyP (julio), La Ley, BsAs, 2013, p. 57

²¹MOLINA QUIROGA, Eduardo, *“Daños derivados de la ruptura de la unión convivencial”*, RDF nro. 65, AbeledoPerrot, BsAs, 2014, p.257

²²FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *“Responsabilidad civil por la ruptura del concubinato”*, RDF 20, AbeledoPerrot, BsAs, 2002, p. 41

²³CNCiv, sala C, 3/3/1998, ED 10/2/2000, citado en ARIANNA, Carlos, *“Las uniones de hecho en el Mercosur. Efectos en el derecho sucesorio y en el derecho de daños”*, RDF 43, AbeledoPerrot, BsAs, 2009, p. 363

En el régimen derogado era entendible que la discusión se planteara en el ámbito del derecho matrimonial, porque era el único reconocido por el sistema jurídico familiar, situación modificada por el CCyC que regula expresamente las uniones convivenciales. Por lo tanto, no hay razón para no considerar que ese deber moral está implícito en las uniones convivenciales. Por coherencia, los autores que sostienen que hay deber de reparar la violación del deber moral de fidelidad matrimonial ¿están dispuestos a extender el derecho de daños derivado de la infidelidad en una unión convivencial?

Es evidente que el derecho de daños no se debe asomar en ninguna de las esferas familiares, porque en ambas (no sólo en las uniones convivenciales) se respeta el ámbito de reserva del art. 19 CN.

Como sostuvo Arianna respecto a las parejas convivenciales: *“Por nuestra parte, pensamos que los desequilibrios económicos que pueden provocarse a la finalización de la unión deben ser compensados mediante el reconocimiento de derechos, tales como la protección de la vivienda, tanto en vida como en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y de alimentos o pensión compensatoria, bajo ciertos recaudos, antes que mediante una acción de daños²⁴.”* Tal la postura del CCyC tanto para las parejas casadas como no casadas, establecer un cúmulo de efectos que tienden a recomponer el desequilibrio económico o atender situaciones de vulnerabilidad, nociones totalmente alejadas de la idea de culpa, sanción y reparación de daños.

6. Breves palabras de cierre

Concluimos de manera categórica que en el marco de 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 (sea culpable u objetivo), no es compatible el reclamo indemnizatorio por las consecuencias del incumplimiento del deber moral de fidelidad.

Aún en un sistema de responsabilidad centrado en el daño, no toda conducta que provoque dolor o angustia resulta indemnizable.

El art. 2 CCyC exige interpretar la ley conforme a las pautas que especifica, *“de modo coherente con todo el ordenamiento”*. Esta interpretación coherente requiere entonces tener en cuenta las normas propias del derecho matrimonial y divorcio para interpretar aquellas relacionadas al derecho de daños. De allí que resulta incoherente (y contraria al art. 2 CCyC) una interpretación aislada del concepto de daño (art. 1737 CCyC) pues para su aplicación en el ámbito del divorcio, resulta imprescindible tener en cuenta su contexto normativo.

El CCyC no reconoce la procedencia de daños y perjuicios en el divorcio, y mantiene el criterio de la ley anterior ante la nulidad matrimonial (conforme ya analizamos en la ponencia 2). Este silencio normativo no es de igual entidad que en el contexto del Código Civil derogado, pues guarda relación con un sistema de divorcio incausado, alejado de la noción de culpa. Y al exponerse la finalidad de esta modificación en los Fundamentos del anteproyecto, se sostiene la improcedencia de daños derivados del vínculo matrimonial.

Desde el contexto constitucional-convencional, fácil se comprende por qué el Código Civil y Comercial pone fin a otro acalorado debate de varios años y que desde hace algunos ha perdido, y con razón, entidad teórica y práctica. Así, la legislación vigente invita a concentrarnos en lo que realmente está habilitada y preparada para solucionar

²⁴ARIANNA, Carlos, “Las uniones de hecho en el Mercosur. Efectos..”, op cit.

“los casos” jurídicos de conformidad con el art. 1 CCyC. Los odios, las angustias y broncas familiares quedan –como una gran cantidad de dolores- *“exentas de la autoridad de los magistrados”* (art. 19 CN).