

Relaciones al Código Civil y Comercial:

Artículo 431 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 431 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

Voces:

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DEBER DE FIDELIDAD ~ DIVORCIO ~ INDEMNIZACION DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES ~ PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES

Tribunal: Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A(STLaPampa)(SalaA)

Fecha: 20/05/2019

Partes: T. c. C. s/ divorcio vincular

Publicado en: LA LEY 24/07/2019, 24/07/2019, 6 - LA LEY 2019-D, 116 - LA LEY 31/07/2019 , 2, con nota de Lucas Bellotti San Martín; LA LEY 2019-D , 192, con nota de Lucas Bellotti San Martín; RCyS2019-IX, 99 - DFyP 2019 (septiembre) , 56, con nota de Lucas Bellotti San Martín; DFyP 2019 (octubre) , 95, con nota de Sebastián I. Fortuna; LLPatagonia 2019 (octubre) , 2, con nota de Lucas Bellotti San Martín; RCyS 2019-XII , 78, con nota de Lucas Bellotti San Martín; SJA 04/12/2019, 04/12/2019, 74 - RDF 2020-I , 123, con nota de Martín M. Culaciati;

Cita Online: AR/JUR/17534/2019

Sumarios:

1 . La indemnización por daños derivados de la violación del deber moral de fidelidad es improcedente, ya 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 en el jurídico, y su incumplimiento no trae aparejada ninguna sanción jurídica.

2 . La sentencia que ordenó a una excónyuge reparar el daño moral por infidelidad debe confirmarse, ya que los codificadores han eliminado la culpabilidad en el divorcio, pero no lo han hecho de manera explícita respecto de las conculcaciones de los deberes conyugales establecidos por el art. 431 del Cód. Civ. y Com. (Del voto en disidencia del Dr. Fernández Mendía).

Texto Completo:

Santa Rosa, mayo 20 de 2019.

Resulta:

I. A fs. 650/664 vta., P. R. S. y A. A. S., abogados, en su carácter de apoderados de T., y A. A. y L. E. G., abogadas, por sus propios derechos, interponen recurso extraordinario provincial en los términos del artículo 261, incisos 1° y 2° del Cód. Proc. Civ. y Comercial contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, resuelta a fs. 622/640.

Acreditando el cumplimiento de los recaudos formales, y relatan los hechos de la causa diciendo que la actora demandó por divorcio con causa al demandante, quien a su vez reconvino por otras causales y adicionó un reclamo por daño moral con fundamento en el divorcio.

Agregan que, en la sentencia de primera instancia, dictada antes de entrar en vigencia el Cód. Civ. y Com., entendió que no se habían demostrado suficientemente ninguna de las causales invocadas por la parte, pero decretó el divorcio por la causal prevista en el art. 214, inc. 2° del Cód. Civil entonces vigente, es decir, la separación de hecho sin voluntad de unirse durante más de tres años y sin atribuir culpabilidad a ninguno de los esposos.

Dicen que se rechazó el daño moral formulado por el Sr. C., porque no se habían demostrado los hechos injuriantes en que se basaba.

Aclaran que ambas partes apelaron insistiendo en que debía decretarse el divorcio por culpa de la otra parte, en los términos de los arts. 214, inc. 1°, y 202 del Cód. Civil.

Indican que la sentencia de la Cámara, dictada cuando ya había comenzado a regir el Cód. Civ. y Com. entendió que había que adaptar el proceso a esta nueva normativa, y de ese modo, rechazó las apelaciones y decretó el divorcio sin expresión de causa, conclusión que quedó firme y que su parte no apelará.

Añaden que "...aún con el nuevo y único sistema de divorcio incausado que prevé el Cód. Civ. y Com. es posible reclamar daño moral derivado de los hechos injuriantes que llevan a la ruptura del matrimonio,

considerando que en el sub lite se había acreditado la infidelidad por parte de la mujer...” (fs. 650 vta.).

En el párrafo que titulan “Errónea aplicación de los arts. 431 y 1717, Cód. Civ. y Comercial” expresan que, con respecto a la condena por daño moral, los miembros de la Cámara coincidieron en que se había demostrado la infidelidad cometida por la Sra. T. y la gravedad con que ello afectó moralmente al Sr. C.

Por el contrario, siguen diciendo, entendieron que los otros hechos invocados como justificativos a tal fin no se habían probado y señalan que antes de arribar a dicha conclusión, la Cámara tuvo que dilucidar si legalmente es o no admisible el daño moral por quebrantamiento del deber moral de fidelidad de que habla el nuevo Código.

Continúan analizando los distintos votos de los señores camaristas y párrafos más adelante expresan que interpretando la cuestión desde la perspectiva del Derecho de Daños se advierte en el razonamiento de la Cámara un notorio error entre dos presupuestos bien diferentes de la responsabilidad civil, como son el daño resarcible, por un lado, y la antijuridicidad, por el otro.

Sostienen que no basta con que exista un daño para que haya responsabilidad civil, sino que también debe derivar de un obrar antijurídico pues así lo reclama expresamente el art. 1717 del Cód. Civ. y Com.

Entienden que con la actual redacción del art. 431 del Cód. Civ. y Com., y aunque no se esté de acuerdo con ello, hay que sostener que, si bien no se trata de un objetivo legal, la infidelidad resulta una circunstancia tolerada por el ordenamiento jurídico, y ello porque es un deber moral solamente.

Indican que la ley no prohíbe ni sanciona la infidelidad ni obliga jurídicamente a ser fiel, por lo tanto, se aplica el principio de reserva previsto en el art. 19 de la Constitución nacional.

Precisan que con la vigencia del anterior código se hacía lugar a la reparación del daño moral —aunque era un criterio resistido por la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina— y agregan que el adulterio era una de las causales para hacer lugar a la reparación del daño moral, precisamente por la violación del deber de fidelidad.

Ahora, siguen diciendo, en que ese deber pasa al plano moral, no puede traspolarse a fuerza de interpretaciones como una causa que da lugar a la reparación extrapatrimonial.

Por tanto, entienden que aplicándose correctamente los arts. 431 y 1717 del Cód. Civ. y Com. se debería revocar la condena a pagar daño moral a cargo de su representada por incumplimiento de su deber de fidelidad con la base jurídica de un presunto incumplimiento de ese deber ya que ello no reconoce daño antijurídico o legalmente atendido.

Por su parte, las Dras. A. y G. se agravian por la errónea aplicación del art. 19 de la Ley de Aranceles dado que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones se les regularon honorarios sobre el monto de la condena en concepto de daño moral, es decir, sobre \$... más intereses pero no sobre el monto rechazado que asciende a la suma de \$... dado que en total reclamaban \$... por ese concepto.

Cita jurisprudencia del Superior Tribunal para apoyar sus dichos y luego reiteran que como en el caso se reclamaron \$... y la demanda prosperó por \$..., equivale a un progreso de un 20% y un rechazo de un 80%, por lo que resulta aplicable la doctrina de la causa “Marcos de Aguirre”.

De esa forma entienden que la Cámara de Apelaciones no ha aplicado la norma en cuestión a la luz de la interpretación jurisprudencial que el Superior Tribunal viene sosteniendo hace años.

Por lo tanto, entienden que deben regularse honorarios tanto sobre el monto por el cual prosperó la demanda como sobre el cual fue rechazado.

En el párrafo que titulan “Violación del art. 65 Cód. Proc. Civ. y Comercial ” manifiestan que este agravio lo expresa la señora T. a través de sus apoderados ya que ha sido ella la condenada en costas por la sentencia recurrida.

Citan nuevamente jurisprudencia de este Superior Tribunal y luego indican que nuestro legislador fijó cuál es el límite de lo razonable en la estimación de los montos pretendidos en la demanda: hasta el 50% no hay consecuencias, de modo que la pluspetición dentro de ese límite se puede considerar razonable. Por el contrario, por encima de ese 50% sí existen y merece imponer las costas.

Aclaran que no entienden por qué no se aplicó en este caso el art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Com., cuando estaban dadas las circunstancias para ello y sin que la Cámara hubiera esgrimido razones de su inaplicación.

Con sustento en el inciso 2° del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial dicen que la sentencia de la Cámara presenta un grave error de lógica jurídica, cual es que, por una parte, manda aplicar el nuevo Cód. Civ. y Com., pero, por otro consagra una conclusión contraria a su vigencia.

Además, entienden que las afirmaciones realizadas en torno a la infidelidad de la esposa y a los daños que supuestamente ha sufrido el cónyuge C. no aparecen idóneamente acreditados y por ende, incurre en absurdo valorativo "...toda vez que se hace decir a la prueba, lo que ésta no deja idóneamente acreditado, no resistiendo el análisis de la sana crítica..." (fs. 661), analizando a continuación el material probatorio según su punto de vista.

Efectúan la reserva del caso federal por cuanto la sentencia contraría lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución nacional en base al denominado postulado de la libertad ya que se condena a la cónyuge presuntamente infiel a reparar un daño extrapatrimonial cuando de acuerdo con la normativa específica el deber de fidelidad es de índole moral.

Por último, peticionan se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, casando la sentencia dictada.

II. Admitido el recurso por la Cámara de Apelaciones, este Superior Tribunal lo declara prima facie admisible, a fs. 685/685 vta. en los términos del art. 261, incisos 1° y 2° del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

III. Corrido el traslado a la parte recurrida, contesta a fs. 688/702 vta. y solicita que se rechace el recurso interpuesto.

IV. A fs. 704/706 dictamina el Sr. Procurador General y a fs. 707 se llama autos para sentencia.

Considerando:

1ª ¿Resulta fundado el recurso interpuesto con arreglo al inciso 2° del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Com.? 2ª ¿Resulta fundado el recurso interpuesto con arreglo al inciso 1° de la misma norma adjetiva? 3ª ¿Qué solución corresponde adoptar?

1ª cuestión. — El doctor Fernández Mendía dijo:

Se adscribe a la sentencia de grado haber sido dictada en violación a las exigencias previstas en los arts. 35, inc. 5, 156, primer párrafo y 257 del código de rito.

El agravio pone el acento en que la sentencia presenta un grave error de lógica jurídica encontrando contradicciones en lo referente a la responsabilidad conyugal por infidelidad según se trate del código velezano o del actual, que según el recurrente descartó el nuevo Cód. Civ. y Com.

Luego aduce absurdo valorativo y apartamiento de la sana crítica, en cuanto al presunto hecho generador de responsabilidad.

Se advierte de la lectura de este agravio que la argumentación del mismo está impregnada de un componente implícito de revisión ordinaria de lo resuelto por la Alzada, cayendo en afirmaciones dogmáticas que dan por sentados juicios conceptuales vacíos, relegando la función esencial de ese segmento del recurso en su inciso 2° del art. 261.

Finalmente se entremezcla de manera confusa con argumentos propios del inciso 1°, lo que torna improponible el agravio.

Con lo expuesto se da respuesta negativa a la primera cuestión.

2ª cuestión. — El doctor Fernández Mendía dijo:

En este segmento de la resolución en análisis, el agravio pretende involucrarse en el precepto ritual del art. 261, inc. 1° del Cód. Procesal pampeano, previsto para los supuestos en que las sentencias definitivas de la Cámara de Apelaciones hayan aplicado erróneamente o violado la ley.

Preliminarmente corresponde señalar que ambos supuestos están gramaticalmente separados por la conjunción disyuntiva "o", lo cual implica una relación excluyente entre los dos elementos o supuestos. En otros términos, esa conjunción trasunta una elección u opción entre dos posibilidades que denotan diferencia, alternancia o separación.

Esta conjunción que es la antípoda de la copulativa denota que la impugnación debe señalar con precisión cuál de los dos vicios afecta la sentencia en crisis, por lo que pretender enlazar ambos supuestos como elementos binarios de un solo supuesto, resulta un error de concepción procesal que conduce ab initio a su

improcedencia.

Cabe recordar, con apoyo de autorizado doctrinario, en esta temática recursiva, Juan C. Hitters, en su libro *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación* (Librería Editora Platense, Bs. As., 1998) los conceptos, sentido y violación de la ley.

La errónea aplicación aparece cuando ha habido una incorrecta calificación de los hechos, a los que se le aplica una regla que no corresponde, a causa de una defectuosa subsunción.

En cambio, la violación consiste en no aplicar a un hecho la regla que le corresponde. El vicio se produce en la base jurídica, es decir, en la premisa mayor y se puede cometer de dos maneras: en sentido positivo, vulnerando el alcance del proyecto, y en sentido negativo, por desconocimiento o inaplicación.

Desde esa perspectiva, en estos actuados, el recurso incursiona en un conjunto de discrepancias conceptuales atendibles en el plano de la polémica sobre el precepto del art. 431 del nuevo Código Civil y Comercial, pero sin poder exhibir técnicamente la errónea aplicación del precepto en la sentencia anterior.

Esta Sala con distintas integraciones ha reiterado que para lograr la casación del pronunciamiento objetado no basta oponer u opugnar a la interpretación que el tribunal de mérito ha hecho de la ley —aunque ésta resulte opinable, discutible o poco convincente—, otra interpretación doctrinaria o jurisprudencial —por muy autorizada que sea— sino que es preciso demostrar, además, que la situación de derecho existente no tolera otra interpretación diferente a la expuesta por el recurrente.

El art. 431 del nuevo Cód. Civil que da motivo a interpretaciones disyuntivas, más allá de la intención del legislador —que no ha sido receptado como elemento de ponderación en sus artículos 1° y 2°, basilares en esta temática—, impone en dos oportunidades la aplicación de los tratados de derechos humanos en los que Argentina sea parte.

El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17, bajo el título de Protección a la Familia, establece en su numeral 4.- “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...”.

Similar precepto establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, más precisamente en su art. 23, inc. h de redacción análoga al anterior pacto.

Como colofón de este análisis y en la sintonía que imponen los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Comercial, en lo atinente a los tratados de los derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la CN) resulta oportuno recordar la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su art. 16, en su parte pertinente establece “...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado...”.

Asimismo, y para no fatigar la lectura, remitimos al Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y de un modo particular convencidos de que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El art. 5° dice: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada...”.

Retomando el eje medular del desencuentro hermenéutico, y a modo de premisa básica de ponderación, hemos de señalar que la solución que propugno no puede hallarse en un segmento de un precepto aislado soslayando el resto de las disposiciones vigentes.

“Un caso siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento y nunca por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que la soporta aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto” (Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Segunda Edición, Abeledo Perrot, 1964, p. 454).

El art. 431 del Cód. Civ. y Com., primero del Capítulo 7 del Libro Segundo Título I, está inserto en el capítulo antes mencionado, denominado “Derechos y deberes de los cónyuges”.

Luego el precepto en examen comienza con un concepto Asistencia, para luego estatuir: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber

moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

La norma que pretende establecer un reducido elenco de derechos y deberes intramatrimoniales lo hace con conceptos pertenecientes a varias disciplinas de las ciencias sociales y morales, como lo son la asistencia, cooperación, convivencia, fidelidad, proyecto de vida en común y no por ello podemos decir que se trata de un diminuto decálogo ético y moral, o que incursiona en el establecimiento de obligaciones naturales carentes de exigibilidad jurídica.

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 y no es adecuado dar solo, para este precepto una interpretación débil, lábil, de lo que significa “se comprometen” cuando en el resto de la normativa del Cód. Civil y Com. es sinónimo de obligarse, con el alcance jus civilista que presupone. No hay ningún elemento objetivo que permita inferir que el matrimonio es una institución que no trae aparejada responsabilidad. O que los deberes de asistencia, cooperación, convivencia y fidelidad son a la vez morales, conceptos juridizados, por la innegable influencia histórica de la axiología.

Interpretar lo contrario significa vaciar toda la norma de juridicidad y convertir en una isla conceptual ajurídica, de inadecuada técnica legislativa, como lo dice un conocido principio de hermenéutica “no se presupone el olvido o la imprevisión del legislador”.

Como lo señala el art. 2° del código en análisis en primer lugar la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas.

En orden a las palabras o al sintagma conceptual deber moral, si comparamos el art. 431 y el 728 veremos la presencia de la juridicidad del concepto binario.

Pero además y ya en lo atinente a qué sentido tiene el verbo o la acción comprometer, sería conveniente examinar con atención las normas de los arts. 180, 181, 194, 375, 596, 1125, 1234, 1256, 1393, 1408, 1430, 1515, 1525, 1582, 1666, entre otros. En todas estas normas se advierte apodócticamente que comprometerse es obligarse. De admitir lo contrario subestimamos la ideología del Cód. Civ. y Com.

Habría que preguntarse entonces, por qué tal acción en el art. 431 no tendría el mismo sentido y alcance. El hecho de que los codificadores hayan eliminado la culpabilidad en el divorcio, no lo ha hecho de manera explícita en las conculcaciones de los deberes conyugales, más allá del aditamento de moral.

A esta altura del análisis no podemos soslayar lo que prescribe el art. 1067, que, a mi juicio resulta plenamente aplicable al sub discussio.

Prescribe: “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

No quiero fatigar con los valores de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, porque hasta el exégeta más desprevenido conoce de la relevancia jurídica de estos principios juridizados como mandatos de optimización, en la economía de Robert Alexy.

Es en esa inteligencia y en este itinerario de ponderación que adquiere significación la norma del art. 402 del Cód. Civ. y Com.

Reza este precepto: “Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sean constituidos por dos personas de distinto o igual sexo”.

Expresa Jorge J. Llambías (Tratado de derecho civil, parte general, 5° edición act., Editorial Perrot, p. 118), que “...el resultado de la interpretación es un elemento de la hermenéutica de enorme valor. No se trata, desde luego de definir siempre la inteligencia de la norma por el mejor resultado que espera obtener de ella el intérprete, pues en ocasiones esa finalidad no será compatible con la verdad de la norma. Tampoco en el derecho el fin justifica los medios, pero en cambio cuanto legítimamente sea dable extraer de la norma dos o más significaciones, entonces sí será ineludible optar por la interpretación que reporte el mejor resultado, o sea el más justo y conforme con las exigencias de la materia social sometida al imperio de la norma en discusión”.

Es indisimulable que el acto jurídico matrimonio, involucra derechos y obligaciones jurídicas, en un ordenamiento que, a fuer de ser reiterativo, tiene ese basamento constitucional y el legislador infraconstitucional estableció para los actos jurídicos una conjunción de principios o valores jurídicos que han sido receptados en el

art. 279 del Cód. Civ. y Com.

“Objeto. El objeto de un acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos, o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

En este itinerario hemos querido 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, en orden a la relevancia axiológica que tiene el principio de dignidad en la legislación convencional e infraconstitucional.

En un balancing test de carácter axiológico parece contrario a la razón que el art. 1004 referido al objeto de los contratos, estatuya que “no pueden ser objeto de los mismos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de las personas humanas, o lesivos de los derechos ajenos, ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean...”.

Para finalizar me parece oportuno compartir un segmento del artículo: Reparación del daño causado por el incumplimiento del deber de fidelidad. ¿Un código para Funes, el memorioso y el rey del asteroide 325? (Autores: Rodher, Kevin - Belloti San Martín, Lucas - Tomás, Lucas. Publicado en: DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 3. Cita on line: AR/DOC/907/2018): “...No termina de quedarnos claro por qué un código que regula conductas humanas y les imputa consecuencias jurídicas habría de contener declamaciones éticas sin relevancia jurídica alguna; cuestión que fue tempranamente destacada por jurisprudencia local (T. c. C. s/ divorcio vincular, 2016). Creemos que la calificación como moral del deber de fidelidad se vincula a que, por su estructura, se proyecta sobre el querer, sentir o entender de los contrayentes y no a aspectos patrimoniales de su existencia y porque no es coercible su cumplimiento in natura, como siempre ocurre en esta clase de asuntos”.

“En este sentido se ha dicho, con acierto a nuestro criterio, que tanto el código de Vélez como el que hoy nos rige incluyen cláusulas de moralidad cuya violación da lugar a reparaciones, y que son de la esencia misma del derecho civil moderno. Tal el caso de instituciones como el abuso del derecho (art. 10, Cód. Civ. y Comercial), o del acto jurídico nulo cuando su objeto, causa fin o motivos determinantes son “contrarios a la moral o a las buenas costumbres (arts. 279, 281 y 1014, Cód. Civ. y Com.)”.

“De todos modos —y porque creemos que el elemento antijuricidad del daño ha perdido protagonismo, pero no ha desaparecido de la teoría general de la reparación— es que habremos de afirmar que la antijuricidad en casos como los que aquí nos ocupan está presente y viene dada por la afectación a un interés simple, en tanto que no reprobado por el Derecho”.

“En efecto, el art. 1737 del Cód. Civ. y Comercial ha definido el daño como la lesión a, 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 (énfasis agregado). De allí que, en nuestro ordenamiento, la lesión a un interés que no resulte repugnante a este satisface el recaudo de antijuricidad”.

“Estaremos frente a un interés simple al hallar una situación que le reporta a su titular cierto bienestar y que le genera una expectativa lícita de continuidad en el tiempo, jurídicamente relevante, aunque no tenga prevista una acción concreta para su tutela”.

“Existe consenso doctrinario en el sentido de que el art. 1737 del Cód. Civ. y Com., arriba transcripto incluye dentro del daño reparable a aquel que lesiona al interés simple. Por ello se ha dicho que “así como el interés legítimo lleva en sí mismo una nota específica de juridicidad, el interés simple la lleva en forma genérica, y podrá ser resarcible en la medida que no sea ilegítimo y revista cierta seriedad”.

“Ello se encuentra en línea, además con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha afirmado que, salvo en casos expresamente excluidos por el legislador, el concepto de daño abarca todo interés no reprobado por la ley”, que participa de la hermenéutica que vengo desplegando, a modo de adenda en esta fundamentación.

En otro orden, entrando a analizar el agravio planteado por las Dras. A. y G., por derecho propio, resulta oportuno mencionar que su queja se centra en la errónea aplicación del art. 19 de la Ley de Aranceles dado que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones se les regularon honorarios sobre el monto de la condena en concepto de daño moral, es decir, sobre \$... más intereses pero no sobre el monto rechazado que asciende a la suma de \$... (en total, reclamaban \$... por ese concepto), lo cual equivale a un progreso de un 20% y un rechazo de un 80%.

Por lo tanto, entienden que resulta aplicable la doctrina de la causa “Marcos de Aguirre” del Superior Tribunal de Justicia y deben regularse sus honorarios tanto sobre el monto por el cual prosperó la demanda como sobre el que fue rechazado.

Además, en representación de la actora, los apoderados se agravian porque consideran que se ha violado el art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, ya que ella sido condenada en costas pese a la insignificancia del monto a que se la condena.

Adelantando opinión, entiendo que les asiste razón a las profesionales al cuestionar el monto sobre el cual se les han regulado sus honorarios.

Sobre el particular entiendo —de conformidad con doctrina consolidada de este Tribunal— que la sentencia constituye un acto jurisdiccional que dirime la controversia presentada por las partes al juez, quien en el caso, no solo hizo lugar parcialmente a la pretensión del actor civil, sino que también la rechazó en gran medida.

La tarea de ponderación y resolución abarca la demanda y su contestación, es decir, todo lo comprendido dentro de la traba de la litis y no exclusivamente el monto por el que progresa la acción (Cfr.: STJ, “Velázquez”, 15/08/1989).

Ese criterio fue ratificado por este Superior Tribunal, con otra integración, en la causa “Marcos de Aguirre”, sentencia del 20 de septiembre de 1995, criterio que debe mantenerse por ser de estricta justicia.

Ello así es pues lo que es materia de discusión en el proceso judicial no es solamente la parte de la demanda que prospera, sino la totalidad de las pretensiones contenidas en aquella. (Confr: STJ, Sala A, expte. N° 1255/12, “Bezzo de Gutiérrez”).

En el caso en examen, la demanda prosperó en una pequeña proporción, 20%, y los honorarios profesionales de los letrados de la demandada fueron regulados sobre la base de ese porcentaje, pese a que en el balance final la demandada reviste mayormente el carácter de vencedora al obtener el rechazo del 80% de la pretensión incoada en su contra.

Entender que las abogadas recurrentes, pese a lograr que la pretensión de indemnización fuera rechazada en gran medida, más del 80%, sean retribuidos en proporción a la cantidad de la condena, importa un grave desmerecimiento de la labor profesional desplegada y del éxito obtenido —la parte demandada ha sido mayormente vencedora en razón del porcentaje en que prosperó la demanda y aquel por el que fue rechazado— con menoscabo de las garantías de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Respecto a la imposición de costas, conforme lo dispuesto en el art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Com., con el alcance e interpretación que el Superior Tribunal le ha otorgado a esa norma en los autos “Moralejo” (STJ, Sala A, Expte. N° 1542/16, 29/11/2016) —cuya doctrina comparto—, las costas por el monto por el cual no progresa la acción deben ser impuestas a la parte demandada (art. 65, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com.).

De esta manera doy respuesta a la segunda cuestión.

3ª cuestión. — El doctor Fernández Mendía dijo:

En definitiva, por los motivos invocados, entiendo que se debe rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto por la demandada, T., a excepción de lo resuelto precedentemente respecto de la imposición de las costas por el monto rechazado.

Por el contrario, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por las profesionales A. A. y L. G., por su propio derecho, regulando sus honorarios en el 21%, en forma conjunta, sobre el monto rechazado.

Así voto.

1ª cuestión. — El doctor Sappa dijo:

Manifiesto mi discrepancia con el voto del colega preopinante —sin perjuicio de la coincidencia que habré de señalar más abajo— en base a las consideraciones que paso a desarrollar.

1. Con sustento en el inciso 2º del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, los reclamantes expresan que la sentencia de la Cámara presenta un grave error de lógica jurídica, cual es que, por una parte manda aplicar el nuevo Cód. Civ. y Com., pero, por otro consagra una conclusión contraria a su vigencia.

Además, entienden que las afirmaciones realizadas en torno a la infidelidad de la esposa y a los daños que supuestamente ha sufrido el cónyuge C. no aparecen idóneamente acreditados y por ende, incurre en absurdo valorativo “...toda vez que se hace decir a la prueba, lo que esta no deja idóneamente acreditado, no resistiendo

el análisis de la sana crítica...” (fs. 661).

Analizando estas alegaciones prontamente se advierte que en realidad se vinculan con el motivo recursivo previsto en el inciso 1° del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial por lo que se da respuesta negativa a la primera cuestión, con la salvedad de que serán valoradas al proceder al estudio del segundo planteo.

2ª cuestión. — El doctor Sappa dijo:

Los recurrentes entienden que el reconocimiento del daño moral pretendido por el demandado implica la errónea aplicación del art. 431 del Cód. Civ. y Comercial porque con su actual redacción y aunque no se esté de acuerdo con ello, la infidelidad resulta solamente un deber moral y no genera el derecho a resarcimiento.

Indican que la ley no prohíbe ni sanciona la infidelidad ni obliga jurídicamente a ser fiel, por lo tanto se aplica el principio de reserva previsto en el art. 19 de la Constitución nacional.

En principio, debo decir que coincido con los fundamentos vertidos por el colega preopinante respecto de los valores éticos y morales que asientan a la familia como bien jurídico tutelado por la legislación convencional, constitucional y legal.

Sin embargo, entiendo que debo ceñirme a analizar la presente causa bajo dos prismas: el primero, la existencia o no de antijuridicidad de la infidelidad como hecho generador de daño cuantificable económicamente a la luz del nuevo Cód. Civil y Com. (normativa aplicable al presente caso) y el segundo, la incorporación de la perspectiva de género en este análisis.

I. Violación del deber de fidelidad como generador de daño resarcible.

a) Es sabido que el Cód. Civ. y Com. de la Nación ha introducido importantes cambios en el régimen de divorcio, basándose en la constitucionalización del derecho privado que en el campo del derecho de familia se manifiesta principalmente sobre el principio de libertad y autonomía personal conforme el art. 19 de la Constitución Nacional.

En tal sentido, en los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al Cód. Civ. y Comercial, hábiles para desentrañar los pilares sobre los que se asienta el nuevo régimen, se indica que un cambio muy importante “...es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido: el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”.

Una consecuencia ineludible de la derogación del sistema causado subjetivo o culpable se vincula con los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. También en los Fundamentos se precisa que: “Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y en el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

En otras palabras, 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.

La razón de este cambio trascendental radica en el hecho de que las relaciones familiares en general han sufrido grandes transformaciones, realidad social que el derecho no puede silenciar, esconder o impedir.

Acertadamente se ha señalado que el desenvolvimiento de la vida familiar se ha visto modificada por diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales lo que ha llevado también a pluralizar los modelos de familia.

En los últimos años, los cambios familiares se han producido por diversos factores, entre los que se puede mencionar, la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; los avances tecnológicos en

materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida (María O. Sánchez Martínez, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?*, en Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Madrid, Universidad Alcalá —Defensor del Pueblo— Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2011, p. 34, citado por Marisa Herrera en “El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado”, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina489.pdf>, 14/03/2019).

Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede ni debería pretender evitar o retrasar, han sido destacados, promovidos y repotenciados por la emancipación de la mujer.

En este sentido, la misma autora agrega: “La igualdad entre mujeres y hombres se advierte (como) una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia” (idem).

Todas estas modificaciones han puesto en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia solo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicional, aquella basada en la potestad del hombre por sobre la mujer y los hijos o, en otras palabras, un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, de violencia”. (El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado, Marisa Herrera, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina489.pdf>, 14/03/2019).

En línea con esta nueva concepción entonces es que el art. 431 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

De este modo, la fidelidad se ubica fuera de la esfera jurídica y su incumplimiento no acarrea sanción jurídica alguna. Con el objetivo de reafirmar su carácter moral, de manera expresa, en los Fundamentos se establece 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 humana. Se separa así lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

Sobre el particular, expresa Lorenzetti, que esta mirada negativa sobre los daños y perjuicios derivados del divorcio se condice con la tésis de la reforma que recepta el Código en materia de divorcio, optándose por el sistema incausado. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo y la causa es el incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio al configurar un hecho ilícito que genera el deber de reparar (Ricardo L. Lorenzetti, *Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado*, RubinzalCulzoni Editores, Buenos Aires, 2015, T. II, 681).

Por ende, y a contrario sensu, sigue diciendo el mismo autor, si no hay derechos y deberes jurídicos sino morales, si se deroga el sistema causado, si no se configura un hecho ilícito por no haber antijuricidad en la conducta seguida por uno o ambos cónyuges, no se darían los presupuestos de la responsabilidad civil (idem).

En definitiva, en el Cód. Civ. y Com. 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 ineludible de aceptar, defender y confiar en el divorcio incausado como el mejor sistema legal para la pacificación de las relaciones de familia (Marisa Herrera, *El régimen de divorcio incausado en el Cód. Civ. y Com. de la Nación*, AR/DOC/4320/2014).

b) Cabe recordar que antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. la doctrina nacional realizaba una primera gran distinción: i) los daños que pudiera ocasionar la declaración de divorcio en sí mismo; y ii) aquellos que pudieran derivar de los hechos constitutivos de las causales previstas por el derogado Cód. Civil para acceder a

un divorcio con imputación de culpa.

La cuestión relacionada con las consecuencias dañosas de los hechos constitutivos de las causales de divorcio generó un intenso debate doctrinario y jurisprudencial, cuyo momento cúlmine fue el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 20/09/1994 (CNCiv., en pleno, “G., G. G. c. B. de G., S. M”, 20/09/1994, LA LEY, 1994-E, 538) 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 daño, 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 (Ponencia de las Dras. Marisa Herrera, Carolina Duprat y María Victoria Pellegrini, 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 XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1, 2, 3 de octubre de 2015, Bahía Blanca).

Sin embargo, ya por ese entonces se hacían sentir algunas voces interesantes, aunque minoritarias. Así, se resaltaron varias consideraciones, dos de las cuales vale la pena destacar por su realismo y actualidad: a) la especificidad de la relación matrimonial que impide la determinación de un culpable e 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 vía.

Por último, otra posición también de sesgo restrictivo sostuvo que solo ante circunstancias especialmente particulares, es decir, la que se presenta como una “fuerza dañadora muy punzante” habilitaba en forma excepcional la procedencia de reclamos resarcitorios (Voto Dres. Lueces y Molteni en “G.G.G.”, 1994).

Desde autores tradicionales como Borda y Bibiloni (Guillermo Borda, 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) hasta autores más modernos sostuvieron con fundamentos jurídicos y metajurídicos la improcedencia de planteos resarcitorios en el marco del divorcio.

A la posición negativa hoy se suman la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código, LA LEY, 2015-C, 1280; Matilde Zavala de González, Daños entre familiares, LA LEY 2015-A, 562; Emilio Ibarlucía, 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, por citar solo algunos.

En cambio, como ya anticipamos, siempre en el contexto de un régimen legal de divorcio inculpatario, otro grupo de autores han sostenido 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 (Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Bs. As., LA LEY, T. IV, 2004, p. 281; Julián Jalil, Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil, RDFyP, año 3, N° 1, enero/febrero 2011, p. 13, por citar sólo a modo de ejemplo).

Por último, surgió una postura intermedia que en principio rechazaba la procedencia de reclamos indemnizatorios, salvo cuando el daño hubiera causado un fuerte sufrimiento al cónyuge (Santos Cifuentes, El divorcio y la responsabilidad por daño moral, LA LEY, 1990-B-805, quien como magistrado de la Sala C defendió la tesis del “daño punzante”).

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

En definitiva, existe una abierta contradicción entre el derecho de daños y el divorcio sin expresión de causa, no obstante lo cual es el ámbito que genera una de las discusiones más arduas que esconde, en realidad, una fuerte resistencia de algunos sectores al divorcio inculpatario y a que la Justicia no se inmiscuya en la intimidad de las personas, a pesar del principio constitucional de reserva (art. 19, CN).

c) Como ya se ha expresado entonces, el Cód. Civ. y Comercial introduce modificaciones sustanciales en el régimen del divorcio, estableciendo una única modalidad de acceso, cual es, sin expresión de causa, cambio rotundo que impide continuar utilizando argumentaciones desarrolladas en torno de un divorcio culpable pues la legislación ha variado completamente.

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 (art. 19 de la Constitución Nacional) no corresponde habilitar reclamos resarcitorios derivados de su incumplimiento.

Vale la pena reproducir aquí algunas consideraciones vertidas por la Dra. 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, CN), por lo que también desde esta perspectiva, configura un error extralimitar el alcance del art. 202, inc. 5°, del Cód. Civil —como si no existieran otras normas de nuestro ordenamiento jurídico— y proceder a inculpar a un esposo (o esposa) que tomó la sana iniciativa de poner fin a una convivencia dañina, gris y corrosiva, que a nadie beneficiaba” (Aída Kemelmajer de Carlucci, Tratado de Derecho de Familia, según Código Civil y Comercial de la Nación, capítulo introductorio, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 9).

d) Por otra parte, cabe reproducir también las conclusiones del voto del Dr. R. R. porque resultan útiles para introducir otro aspecto del análisis de la cuestión.

En efecto, el magistrado concluye que “...evidentemente se han reunido en el presente caso los elementos de la responsabilidad civil, el primero de ellos y el componente más trascendente es el daño, el cual efectivamente ha sido acreditado por cierto...; el segundo que también ha sido abundantemente tratado que es la antijuridicidad; el tercero es el factor subjetivo de responsabilidad atribuido a la reconvenida y por ende el cuarto que es la relación de causalidad entre el hecho y el daño” (fs. 638).

Sin embargo, tampoco desde la óptica del derecho de daños es procedente una indemnización por daños derivados de la violación del deber moral de fidelidad.

En este sentido, Matilde Zavala de González (Daños entre familiares, LA LEY 2015-A, 562) explica que en el Código actual, donde impera un régimen de divorcio-remedio, la falta de convivencia o adulterio no sustentan la disolución del vínculo matrimonial ni tampoco una acción resarcitoria por daños, dado que atañen a relaciones exclusivamente íntimas de la pareja, con eventual incidencia ética pero ninguna en el plano jurídico. Es por ello que no se configuran los presupuestos básicos de responsabilidad civil, según fundamenta a continuación.

1. Ausencia de antijuridicidad: en el Código derogado se apoyaba la indemnización de daños provocados por el cónyuge culpable del divorcio o separación personal en que la violación de los deberes impuestos por el matrimonio constituía una clase de hechos antijurídicos.

Este argumento cae en el sistema actual que priva a esas conductas del carácter de deberes jurídicos y delega las decisiones pertinentes en la autonomía de la voluntad del o de los cónyuges interesados. Entonces, si la fidelidad es deber puramente moral, su exclusiva infracción no puede generar consecuencias jurídicas.

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.

Asimismo, cabe agregar que, en los casos, por ejemplo, de violencia en la pareja, la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Interpersonales del 2009, prevé de manera expresa 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”.

2. No hay lesión a un interés protegido: la injusticia del daño constituye presupuesto indispensable de la reparación y sólo existe ante un hecho lesivo de un interés con protección jurídica, así sea por no merecer reprobación pero además con tal de que tenga prioridad sobre otros con los que eventualmente concurre.

Cuando se prohíbe exigir una conducta, cuya realización queda librada a la intimidad y decisión personal, tal prohibición no queda enervada porque aquel proceder signifique un deber moral para una parte y un interés valioso para la otra.

Además, también constituye interés prevaleciente no destruir aún más al grupo familiar a través de litigios donde no pueden llegar más que algunos ecos de la verdad o realidades deformadas, pues nadie sabrá jamás la exactitud de lo acontecido en su íntegra y compleja dimensión. Son procesos con pruebas “sucias” cuando se refieren a asuntos estrictamente íntimos, cuya ventilación pública provoca daños más graves de los que supuestamente repararía una compensación dineraria.

3. Preservación de la intimidad y autonomía de la pareja: en un matrimonio concebido prioritariamente como un proyecto de vida en común y sustentando no solo en una voluntad inicial sino mantenida en el tiempo, los esposos deben poder decidir la existencia misma y la regularidad de su convivencia, así como la exclusividad o no de sus vínculos sexuales. Mientras no lesionen intereses ajenos son cuestiones que atañen a su privacidad.

Si alguno de los cónyuges se siente afectado por algún apartamiento a esas conductas consensuadas puede recurrir al divorcio sin obstáculos ni expresión de causa, pero sin erigirlo en una suerte de castigo que no beneficia a nadie.

4. Falta de relación causal adecuada con un supuesto daño: la imputación de culpas por el divorcio no deja en claro quiénes son cónyuges victimarios frente a otros inocentes, porque no existen comportamientos aislados y autónomos como origen exclusivo de las desavenencias. Nunca hay un único causante del fin de la relación, porque en esta participan dos personas que interactúan y por eso su deterioro siempre es referible a ambas, de una u otra manera.

Algunos hechos que aparecen como evidentes —como sucede normalmente con el adulterio— en realidad suelen ser efectos de proceder imputables al otro, minúsculos e indemostrables, como el desamor y desinterés hacia el cónyuge después infiel.

En tal sentido, Borda formuló el interrogante sobre quién es el culpable: el autor de adulterio o de abandono del hogar, o el otro, que con su frialdad provocó esa reacción (Reflexiones sobre la indemnización de daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio, ED, 147-813).

Se sostiene con acierto, sigue diciendo Matilde Zavala de González, que el conflicto conyugal no es individual sino de relación, donde el comportamiento de cada esposo es una reacción a la conducta del otro o a factores externos. Se trata de una causalidad circular, como interacción entre hechos, en lugar de la causalidad lineal, donde un hecho produce un efecto. Todo ello hace imposible establecer inequívocamente quién es responsable del fracaso matrimonial, pues aun cuando una sentencia así lo declare, “quedan en la penumbra todas las concausas que llevaron a dicho resultado (...) intervienen distintos factores, propios de los cónyuges, o del entorno familiar o social”.

f) Como ya había anticipado, con el objetivo de reafirmar el carácter moral del deber de fidelidad, en los Fundamentos del Anteproyecto, se precisa 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.

En tal sentido, analizando los principales argumentos esgrimidos por la Cámara de Apelaciones para fundamentar el reconocimiento del daño moral, mencionan los padecimientos del demandado por supuestos hechos de infidelidad de la esposa, aquí actora.

Precisan a tales efectos los informes psicológicos y psiquiátricos que dan cuenta del estado de depresión, angustia y tristeza que padecía el accionado y, por otra parte, la repercusión periodística que tuvo el supuesto adulterio, es decir, afecciones que se vinculan directamente con la calidad de cónyuges.

Ahora, no todo dolor o padecimiento genera derecho a resarcimiento y en cuanto a la repercusión periodística del supuesto adulterio, no surge de las constancias de autos que la actora haya sido responsable de su propagación sino más bien la espectacularidad de los acontecimientos y la conducta del propio señor C. parecen haber atraído la curiosidad y atención periodística.

A este respecto, también desde la perspectiva del derecho de daños, Aciarri estima que las consecuencias derivadas de la infidelidad no configuran un 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, precisa el autor, 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 influidos por el ordenamiento jurídico vigente (Hugo Aciarri, Conferencia dictada en las Jornadas Preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cita N° 18, Ponencia de Marisa Herrera, Carolina Duprat y María Victoria Pellegrini, Responsabilidad civil y divorcio incausado: ¿compatibilidad o contradicción?

En definitiva, 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 no es compatible el reclamo indemnizatorio por las consecuencias del incumplimiento del referido deber.

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

Por otra parte, el art. 2 del Cód. Civ. y Com. exige interpretar la ley conforme las pautas que especifica, “de modo coherente con todo el ordenamiento”, coherencia que requiere 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 por ende al art. 2, Cód. Civ. y Com., una interpretación aislada del concepto de daño pues para su aplicación en el ámbito del divorcio resulta imprescindible tener en cuenta su contexto normativo.

En definitiva, concluyo que la legislación vigente invita a concentrarnos en lo que realmente está habilitada y preparada para solucionar, es decir, los casos jurídicos, de conformidad con el art. 1° del Cód. Civ. y Com. Los odios, las angustias y broncas familiares quedan —como una gran cantidad de dolores— exentas de la autoridad de los magistrados, tal como lo expresa el art. 19 de la Constitución Nacional.

II. Incorporación de la perspectiva de género en el análisis.

a) De manera preliminar, debo manifestar que advierto que en la resolución impugnada se interpreta el sistema conforme los propios criterios morales y pautas culturales de los jueces que la suscribieron.

Además, observo que esa interpretación no es ajena a una cultura fuertemente arraigada en estereotipos o que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser la conducta de las mujeres dentro del matrimonio.

En otras palabras, observo elementos que me permiten concluir que la decisión impugnada 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.

Por otra parte, entiendo que, al momento de resolver, además del Cód. Civ. y Comercial, los jueces debieron haber considerado otros ordenamientos legales que regulan algunos aspectos vinculados con el caso traído a estudio.

Sobre el particular, resulta importante aclarar que el art. II de la Declaración Americana de Derechos Humanos establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los deberes y derechos consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”, principios que han sido incorporados en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y en el art. 3.j) de la Carta de la OEA. En ese mismo sentido se inscribe lo dispuesto en el art. 17.4 de la Convención según el cual “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...”.

El artículo citado es la aplicación concreta al matrimonio de la norma general que establece la igualdad ante la ley, según el art. 24 de la Convención, y la prohibición de toda discriminación en razón de sexo prevista en el art. 1.1.

Por su parte, 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), se establece que el ordenamiento pretende promover y garantizar —entre otros fines— la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, etc.

A su vez, en el art. 4° se define el concepto de violencia indirecta como toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Por su parte, en el art. 5º, se precisan los diferentes tipos de violencia que se pueden cometer contra las mujeres, y para lo que aquí interesa, resalto la que se denomina violencia simbólica, vale decir, aquella “...que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (art. 5º, 5., Ley N° 26.485).

Desde esta perspectiva entonces, cabe preguntarse si los jueces hubieran tomado la misma decisión en caso de que la supuesta infidelidad hubiera sido cometida por el esposo. Muy probablemente la respuesta sería negativa.

Es por ello que debemos interrogarnos también 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.

En primer término, el enfoque deberá centrarse en establecer si la medida o conducta cuestionada resulta objetiva y a su vez, razonable.

Y aquí resulta útil mencionar el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género” realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México cuando menciona que: “...la objetividad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia la determina el hecho de que haya sido tomada de acuerdo con 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).

Aplicado a la perspectiva de género, tal como lo sostiene Zunilda Nirempenger en “Prácticas, prevención y reparación. Juzgar con perspectiva de género”, en *Mujeres en el Laberinto de Justicia* (p. 71 y ss.), el control en base a la pauta de razonabilidad tutela un adecuado correlato sistémico entre una diferencia de trato determinada y el plexo de principios, derechos y garantías constitucionalmente consagrados, augurando con ello la materialización del valor justicia que los subyace. De este modo, podremos determinar si la situación bajo examen constituye una distinción tolerable por el ordenamiento jurídico o, en su defecto, consolida una práctica discriminatoria.

Conforme lo expuesto, entonces, remarco la importancia de resolver despejando los condicionamientos culturales o morales o en todo caso, cuestionando algunos preconceptos que en realidad importan discriminación por razones de género.

Además, no puedo dejar de mencionar 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.

En definitiva, en base a las consideraciones vertidas entiendo que la Cámara de Apelaciones ha aplicado erróneamente el art. 431 del Cód. Civ. y Comercial de la Nación, al hacer lugar al rubro daño moral al demandado reconviniendo.

Conforme se resuelve, las costas generadas por el reclamo del daño moral se impondrán al demandado.

Asimismo, el modo en que se resuelve la controversia convierte en inoficioso el tratamiento del planteo recursivo realizado por las Dras. A. y G.

Con lo expuesto se da respuesta afirmativa a la segunda cuestión.

3ª cuestión. — El doctor Sappa dijo:

Atento el modo en que se resuelve la cuestión anterior corresponde casar la sentencia impugnada y revocar lo resuelto en los puntos II, III, IV y V inciso b) (fs. 639 vta. /640).

Ello implica: a) dejar sin efecto la condena a la actora a pagar daño moral al demandado reconviniendo; b) imponer las costas del divorcio en el orden causado en primera y segunda instancia, y las generadas por el daño moral pretendido, al demandado en todas las instancias; c) dejar vigente la regulación de honorarios del punto V de la sentencia de primera instancia (fs. 524 vta.); d) respecto de lo reclamado por el daño moral, establecer los honorarios del Dr. G. M. M. en el 30% de los establecidos en primera instancia para las patrocinantes de la actora, y los de los Dres. C. C. G. y SA E., en forma conjunta, en el 25% de la suma determinada en primera instancia.

Regular los honorarios por la actuación en la instancia extraordinaria de los Dres. P. R. S. y A. A. S., en

forma conjunta, en el 35% de la suma que se le regulara en primera instancia a las patrocinantes de la actora, y los de los Dres. C. C. G. y SA E., en forma conjunta, en el 28% de la suma regulada en primera instancia.

Así voto.

En este estado del acuerdo, advirtiéndose que no existen votos coincidentes de los miembros titulares de la Sala A, lo que imposibilita el pronunciamiento de la sentencia (art. 270 del Cód. Proc. Civ. y Com.), se dispone: Primero: Integrar la Sala A con el presidente de la Sala B, para que dirima la disidencia (Acuerdo n° 3328/14, Anexo I, artículo 8°, inciso a).

Segundo: Establecer un cuarto intermedio del presente acuerdo hasta que la Sala A quede definitivamente integrada conforme a lo dispuesto en el punto 1°) y para que el señor presidente de la Sala B o eventualmente, su subrogante pueda emitir su voto.

Tercero: Por Secretaría se fijará fecha y hora para la reanudación del presente acuerdo.

Cuarto: Hacer saber al señor presidente de la Sala B.

Convocado a dirimir la disidencia planteada he de adherir al voto del doctor Sappa por compartir los argumentos y razones invocados para fundamentar la decisión. Así voto.

En mérito a lo expuesto, por mayoría de votos, el Superior Tribunal de Justicia, Sala A, resuelve: 1. Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 650/664 vta. por la parte actora, T. contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 622/640. 2. Casar la sentencia impugnada y revocar lo resuelto en los puntos II, III, IV y V inciso b (fs. 639 vta./640) con los alcances expuestos en los considerandos de la tercera cuestión (voto del juez Sappa). 3. Declarar inoficioso el tratamiento del planteo recursivo realizado por las A. y G. 4. Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la parte demandada vencida (art. 62 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y regular los honorarios de los Dres. P. R. S. y A. A. S., en forma conjunta, en el 35% de la suma que se regulara en primera instancia a las patrocinantes de la actora y los de los Dres. C. C. G. y SA E., en forma conjunta, en el 28% de la suma que se les regule en primera instancia. 5. Proceder a la devolución de los depósitos realizados por la parte actora y por las abogadas A. y G. A tales efectos, efectúense las libranzas correspondientes a cuyos fines deberán informar CUIT y CBU de la persona autorizada a percibir. 6. Regístrese, notifíquese. — José R. Sappa. — Eduardo D. Fernández Mendía (en disidencia).