

Expte. N° 5701-15 – “T c/ C s/ divorcio vincular” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE GENERAL PICO (La Pampa) – 14/12/2016.

En la ciudad de General Pico, provincia de La Pampa, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne en ACUERDO la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados “T C/ C S/ DIVORCIO VINCULAR” (expte. N° 5701/15 r.C.A.), venidos del Juzgado de la Familia y del Menor N° 1 de esta Circunscripción.-

El Dr. Horacio A. COSTANTINO, sorteado para emitir el primer voto, dijo:

1. T promovió juicio de divorcio vincular contra C, por la causal de injurias graves, y pidió costas. Dijo que contrajeron matrimonio el día 14 de febrero de 1986 y tuvieron tres hijos: M, M E y M A. Manifestó que su esposo la hizo blanco de todo tipo de calumnias e injurias, imputándole la calidad de infiel y haciendo comentarios agresivos tanto en público como ante el grupo familiar. Encuadró la conducta del demandado en lo previsto por el derogado art. 202 inc. 4 del Cód. Civil (fs. 9/11 v.).

C contestó la demanda, pidió su rechazo y articuló reconvencción. Reconoció la existencia del matrimonio y que tuvieron tres hijos, que la relación se fue deteriorando y que inició tratamiento psicológico y psiquiátrico. Negó haber hostigado a la actora con escenas de celos, agresiones verbales, persecuciones, haberla amenazado o puesto en peligro su vida. Manifestó que hacia fines del 2010, T comenzó a estar alterada y con baches anímicos preocupantes. Esto también fue advertido por sus hijos y padres. Tenía sospechas de que su esposa le era infiel y lo confirmó el día 6 de junio de 2011 cuando la vio saliendo de un hotel alojamiento con otro hombre. Solicitó que se declare el divorcio por culpa de la actora por las causales de adulterio, tentativa contra su vida, injurias graves y abandono voluntario y malicioso de parte de su esposa, en los términos de los derogados arts. 214 inc. 1° y 202, incs. 1°, 2°, 4° y 5° del Código Civil, y reclamó la reparación del daño moral, con expresa imposición de costas (fs. 44/62).

A fs. 100/119 la accionante pidió que se rechace la reconvencción y se haga lugar a la demanda, con costas.

Fracasados los intentos conciliatorios se celebró la audiencia preliminar, en cuyo transcurso la causa se abrió a prueba y se proveyó la ofrecida (fs. 145/146). Se produjo la certificada a fs. 471/471 v. y 475, y a fs. 478 se clausuró el período probatorio. Luego alegaron la actora y la demandada

El Fiscal adjunto dictaminó a fs. 512.

La sentencia de fs. 514/525 rechazó las causales de divorcio denunciadas en la demanda y la reconvencción, decretó el divorcio vincular por la causal contemplada por el art. 214 inc. 2° del Código Civil sin culpa de las partes, e impuso las costas en el orden causado. También decretó la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda y rechazó el reclamo por daño moral del reconviniente, con costas.- –

Apelaron el demandado reconviniente (expresión de agravios de fs. 560/573 v., contestado a fs. 580/583) y la actora (memorial de fs. 587/589, contestado a fs. 592/592 v.).

A fs. 612/612 v. este tribunal admitió el hecho nuevo articulado a fs. 558/558 v. y ordenó agregar la sentencia penal absolutoria dictada a favor del demandado respecto de los delitos de amenazas simples en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma, cuya copia luce a fs. 542/557.-

2. El demandado reconviniente sostiene que la jueza: a) falló extrapetita en tanto critica el régimen del anterior Código Civil sin hacer mérito de los respectivos intentos de acreditar las causales de divorcio; b) valoró erróneamente la prueba respecto de la atribución de la culpabilidad; y c) rechazó sin fundamentos el reclamo del daño moral.

La actora se agravia porque la jueza: a) no consideró acreditadas las injurias que atribuyó a C; y b) se autolimitó amparándose en un criterio restrictivo para analizar la prueba de las causales y en la pronta derogación del sistema de culpas en ese entonces imperante.

Ambas partes se quejan porque la sentenciante alude a las reformas legislativas de fondo en la materia que en ese momento aún no estaban vigentes.

3. El presente expediente ingresó a este tribunal cuando ya estaba vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley N° 26.994 que derogó las causales objetivas y subjetivas del divorcio, aspecto que constituye el contenido de la totalidad de los agravios de ambos apelantes.

Moisset de Espanés enseña que “dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo. El primero, la casi absoluta irretroactividad de la ley, que sólo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador, de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a la nueva norma. El segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación, a partir de su entrada en vigencia. Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad de su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos producidos (...) Las relaciones o situaciones ya agotadas, son regidas por la ley que estaba vigente en aquella época. Los problemas se originan con respecto a ‘situaciones pendientes’ al momento en que se produce el cambio de legislación” (Luis Moisset de Espanés, “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3, Código Civil Derecho Transitorio”, p. 16/17; Universidad Nacional de Córdoba, año 1976).

Recientemente, en un proceso de divorcio, nuestro máximo tribunal federal reiteró que “las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (...) y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión (...) deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. fallo CSJN, 29.3.16, “Terren, Marcela María Delia y otros c/ Campili, Eduardo Antonio s/divorcio, que a su vez cita, en igual sentido, los siguientes fallos: 306:1160, 318:2438, 325:28 y 2275; 327:2476, 331:2628, 333:1474, 335:905, causa CSJ 118/2013 (49- V)/CS1 “V., C.G. c/ I.A.P.O.S. y otros sobre amparo”, sentencia del 27 de mayo de 2014).

En el mismo fallo declaró que “la ausencia de una sentencia firme sobre el fondo del asunto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones” (conf. fallo citado: CSJN, 29.3.16, “T., M. M. D. y otros c/ C., E. A. s/divorcio).-

El art. 7 CCyC, que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, dispone la aplicación de la nueva ley “a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que implica el efecto inmediato de la ley. Es decir, toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encuentra, e inmediatamente pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Molina de Juan, Mariel F., “El código civil y comercial y los procesos familiares en trámite”, La Ley 16/09/2015, AR/DOC/3137/2015, con cita de Borda, Llambías y Kemelmajer de Carlucci).

“Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme -por ende, sin haber derechos adquiridos- se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decrete el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Cód. en materia de divorcio, que como recepta un único sistema lo será al de divorcio incausado. Esta misma interpretación cabe para aquellos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa” (Ricardo Lorenzetti, Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Edit. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, p. 734; en el mismo sentido: Aída Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Edit. RubinzalCulzoni, Sta. Fe, 2015, p. 29 y ccds.).

“Las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones Jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136; el resaltado es propio).-

De conformidad a lo expuesto, la nueva ley debe ser aplicada a los procesos en trámite, cualquiera sea la etapa en que se encuentren.

En consecuencia, todas las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial (procedencia, modo, forma y efectos) se regulan en los arts. 435 y siguientes del Cód. Civ. y Com (T. M. c/C., E. s/divorcio, CSJN).- –

4. La aplicación inmediata de una ley que modifica la situación jurídica de quien ha esgrimido una pretensión en los tribunales, no implica afectación de la garantía de igualdad ni conculca derechos constitucionales. Así lo sostuvo la CSJN el 28/4/1992 en el fallo “L., C.M.I. c/D, C.A.”, en el que explicó que las diferencias existentes entre las situaciones anteriores y posteriores a la sanción de un nuevo régimen legal no importan agravio a la garantía de igualdad ante la ley, porque de lo contrario toda modificación legislativa implicaría desconocerla (Fallos: 295:694), ya que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (Fallos: 275:130, 283:360, 299:93, conf. Molina de Juan, Mariel, artículo citado).

De acuerdo a dicho criterio, la aplicación de la nueva ley al caso concreto que nos ocupa no afecta el principio de congruencia, pues al fallarse conforme a sus preceptos no se modifica la pretensión esencial de ambas partes que es lograr el divorcio.

Como los jueces tienen el deber de fallar conforme a las circunstancias existentes al momento del dictado de la sentencia, se registran precedentes en los que se observa una morigeración de la congruencia fáctica, sin que ello implique vulnerar el debido proceso o el derecho de defensa (conf. Molina de Juan, Mariel, artículo citado, y De los Santos, Mabel, “Principio de congruencia” en “Principios procesales”, Director Jorge Peyrano, T. I, p. 219, 223 y 227 a 231, RubinzalCulzoni Editores, año 2011).

En los procesos de familia los principios procesales se flexibilizan. La intervención de la justicia debe perseguir pacificar al grupo y restablecer el equilibrio familiar impactado por la conflictiva o al menos lograr un nuevo equilibrio, lo que se aleja totalmente de la antinomia “vencedor-vencido” (Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, pag. 109, RubinzalCulzoni Editores, año 2016).

La traba de la litis no siempre agota la relación sustancial, porque aunque se haya producido en los términos de un divorcio culpable (en este caso culpas recíprocas) la pretensión puede reconducirse dentro del cauce de la nueva ley cuyos fundamentos emanan del propio sistema constitucional convencional. De este modo no se afectan las garantías constitucionales.

5. Al suprimir las causales subjetivas y objetivas, el nuevo CCyC simplifica el proceso de divorcio a un pedido unilateral o bilateral que impide al juez indagar acerca de los motivos que precipitaron el interés de poner fin al proyecto de vida en común. En los fundamentos del Anteproyecto se dice que ‘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’. Por ello, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial (Krasnov, Adriana N., “Tratado de Derecho de familiar”, T. II, p. 389, Editorial La Ley, año 2015).

En virtud de lo expuesto, la aplicación del nuevo CCyC tornaría inficioso cualquier pronunciamiento sobre los agravios referidos a las causales invocadas por cada uno de los apelantes para atribuir al otro la culpa del divorcio

De tal forma, la cuestión de culpabilidad e inocencia deviene abstracta por la aplicación del nuevo ordenamiento normativo. En el caso no es exigible la presentación de la propuesta de regulación de los efectos del divorcio que requiere el nuevo ordenamiento, a pesar de que constituye hoy un requisito de admisibilidad, pues tanto la actora en su escrito inicial como el demandado en su reconvencción solicitaron que se decrete el divorcio vincular (Cam. Nac. Apel. en lo Civil, Votantes: Molteni-Picasso, S.E.S c/M.A.P. s/divorcio, 5.11.15, MJ-JU-M-96329-AR).

6. C basó el reclamo de daño moral en:

1) la violación del deber de fidelidad, la destrucción de la confianza y la “falta de respeto al inocente”, por la publicidad del hecho y su repercusión en los diarios y portales locales; 2) la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador, por lo que quedó la secuela de “strees post traumático” con pronóstico “reservado” según informe del médico psiquiatra C; 3) las injurias graves causadas por el divorcio; 4) el abandono voluntario y malicioso: en lugar de “cuidar a su marido herido” ... “aprovechó para sacar” de su domicilio conyugal “toda su ropa y muebles” mientras él estaba internado. Sostuvo que el daño moral provocado en los afectos y en su personalidad resultan de una magnitud “muy superior al que necesariamente se sufre en un divorcio”, máxime teniendo en cuenta que la “actividad docente profesional del damnificado” ... “le creó un trauma que le dificulta su vida de relación” (ver fs. 55 a 60, escrito “Contesta demanda... Reconviene”).

La jueza rechazó la indemnización de daño moral pretendida por el reconviniente, por haberse decretado el divorcio sin atribución de culpa a las partes (fs. 524).

En sus agravios, C insiste en que la conducta de la actora se hizo pública y lo dejó en una situación de escarnio público. Dice que la publicación y consiguiente difusión del hecho ha sido lesivo para la moral. Añade que “la situación de encontrar a su esposa saliendo de un Hotel Alojamiento con otra persona es de por sí traumática” y que “el daño se potencia al publicar la noticia, máxime si tenemos en cuenta que el demandado se relacionaba en ámbitos con idiosincrasia conservadora”. Afirma que la noticia fue recibida “con gran estupor y le causó mucha vergüenza”, ocasionándole “una lesión en su autoestima difícilmente reparable”. Realiza un repaso de la prueba documental agregada y la pericial producida. Hace referencia a testimonios que dan cuenta que la noticia fue objeto de comentarios en los diversos ámbitos que frecuentaba y que acreditan el padecimiento humillante, la vergüenza, la angustia e infelicidad que le tocó vivir y sigue hasta la fecha de expresar agravios

Se sostiene que al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de los deberes conyugales no genera consecuencias jurídicas (“Daños y Familia, Marcos M. Córdoba, AR/DOC/4438/2015, La Ley on line).-

El art. 431 del Código Civil y Comercial establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Su redacción tiene relación con la eliminación de las causales de divorcio, que en el régimen vigente pasa de causado a voluntario.-

En el régimen legal anterior, la violación de la fidelidad en tanto deber jurídico podía dar lugar a la reparación de daños y perjuicios. Actualmente el único derecho-deber moral que se deriva del matrimonio es el de fidelidad, por lo que se ha dicho que en el régimen ahora vigente la violación o incumplimiento de este no trae consigo una determinada sanción civil (Herrera, Marisa en “Código Civil y Comercial Comentado”, Lorenzetti: Director, T. II, p. 679 y sig., RubinzalCulzoni Editores).

También se ha expresado que la cohabitación y la fidelidad ya no son conductas exigibles al otro cónyuge sino que depende de la voluntad de ellos vivir juntos y abstenerse de tener relaciones sexuales con otras personas (Mercedes Robba y Marcela Lorena Sasso en “Código Civil y Comercial Comentado”, Directores: Rivera, Julio César-Medina, Graciela, T. II, p. 60, Editorial La Ley, año 2014).

Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini citan la opinión contraria de Borda, según el cual “el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio y que éste tiene un fundamento moral. Afirma: ‘La unión de cuerpos y almas quedaría profundamente resquebrajada si se permitieran las relaciones extraconyugales. Es, pues, el

primero entre los deberes conyugales, y tiene carácter recíproco' ” (“Código Civil y Comercial Comentado”, T. III, p. 203, Editorial La Ley, año 2016)

La “supresión de la fidelidad como deber jurídico y la expresa consideración de su contenido moral han movido a la reflexión de si la infidelidad entre los esposos puede originar un daño reparable de esta perspectiva”. La comisión redactora dejó plasmado en los Fundamentos del Proyecto que “los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial del derecho de daños”. De ello resultaría que el incumplimiento de los deberes morales que puedan existir no abre la vía de la reparación, en tanto no exista antijuricidad, que es un presupuesto indispensable para configurar el deber de reparar (Marisa Herrera en obra citada, nota 354, p. 257).

La excepción puede darse cuando la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil y no por violación de un deber matrimonial. Por ejemplo, la reparación por daños por la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge (Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras, “Tratado de derecho de familia”, Tomo I, p. 255/257, RubinzalCulzoni Editores, año 2014).

Es decir, “si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé, excepto los derivados de la condición de ‘culpable’ al no existir ya dicha categorización” (ver SOLARI, Néstor E., “Los Daños en las Relaciones de Familia” en REVISTA de DERECHO DE DAÑOS 2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial, pág. 539, Edit. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe 2013).

Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, aunque celebran que el nuevo código haya incluido expresamente el derecho-deber de fidelidad “en el conjunto de las relaciones personales entre los cónyuges, por ser una nota esencial de la institución matrimonial”, no creen “que en el régimen implantado la violación del deber moral de fidelidad pueda dar lugar siquiera a una pretensión de indemnización por supuesto daño moral,...”, y opinan que “no es factible el resarcimiento del daño moral, ya que para que esa alternativa sea posible debe mediar un ilícito civil y el Código Civil y Comercial descarta la ilicitud de la violación de la fidelidad” (“Código Civil y Comercial Comentado”, T. III, p. 203 y 204, Editorial La Ley, año 2016).- – –

Sobre este tema, con buen criterio, se ha dicho que la falta de sanciones por la violación de los deberes que nacen del matrimonio “puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte ya sea de uno de los cónyuges hacia el otro, o de ambos, lo que es altamente inconveniente tanto para ellos como para los hijos y para la sociedad. No resulta en absoluto razonable que ambos esposos tengan algo así como “piedra libre” al respecto o, si se quiere, una especie de bill de indemnidad en cuanto a su conducta antimatrimonial, que muchas veces puede ser de una gravedad extrema; estamos convencidos que no puede ser considerada como moralmente admisible una norma jurídica por aplicación de la cual carezca de consecuencias la realización de actos que, sin llegar a una situación civil o penalmente contemplada como punible, sean contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí. Por supuesto que conductas de esa especie no pueden ampararse en la libertad y la autonomía de la persona, debiendo aquellas tener una consecuencia negativa para el esposo que así actúa, ya que de otra manera se estaría fundando un inexistente derecho de causar un daño al otro esposo, violándose de tal manera sin pena alguna las normas legales vigentes en materia de responsabilidad. En sentido concordante al que venimos sosteniendo, Zannoni ha afirmado que si el matrimonio se disuelve por causas realmente imputables a uno de los esposos, ‘no debe ser indiferente para el Derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del Derecho, el naeminelaedere’ ” (Sambrizzi, Eduardo A., Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial, LA LEY 19/03/2015, 1; LA LEY 2015-B, 746).

Naturalmente, la doctrina discute si la transgresión del deber moral de fidelidad matrimonial permite que el cónyuge víctima de la infidelidad reclame al responsable el resarcimiento del daño moral.

Benjamín Moisés, citado por Mazzinghi en “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, se pronuncia a favor de la procedencia del resarcimiento del daño (“Divorcio, responsabilidad civil — Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, La Ley, 2 de marzo de 2015, pág. 11)

Oswaldo O. Álvarez sostiene “que en una esfera tan delicada o sensible como lo es el ámbito familiar, la fidelidad —del latín “*fidēlitas, ātis*”— (lealtad, observancia de la fe que uno debe al otro) se la ha desdorosamente segregado o abatidamente arrinconado a un ramplón o nimio encargo inmaterial” (Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial, Carlos Calvo Costa, Director, T. II, Relaciones de familia, p. 249, Ed. La Ley).-

Sigue diciendo el citado autor que se ha puntualizado, de igual forma, que a partir de la inexigibilidad jurídica del citado axioma se impide o agarrota al cónyuge afectado de cobijarse o ampararse de aquella transgresión o agravio que le es sobreviniente. De tal forma, el Estado —que se proclama pluralista en una concepción moderna del matrimonio— no reconoce, por igual, a todos los proyectos de vida; toda vez que aquel que quisiera resguardarse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien se antoje en incurrir en aquella peculiar licencia no merecerá reproches civiles, ni expiará secuelas económicas. Se consagra —como se deduce— un derecho al daño matrimonial, vulnerando —entre otros inmarcesibles enjuiciamientos sobrevinientes— el atávico y clásico principio latino “*honeste vivere, suum cuique tribuere*”, regulando un nuevo o neófito modelo de familia alejado del sentir de la sociedad argentina y ello —en tanto— se impone un refrendado y autorizado “matrimonio abierto”.-

“Esta naciente forma de divorcio-remedio parecería fulminar o anatematizar cualquier remedio o probabilidad de demandar alguna clase de resarcimiento extrapatrimonial derivado de la desunión en sí, aunque emane o provenga de una hipotética causal imputable al otro consorte; incitando o facilitando despreocupadas y negativas conductas en el obrar de las partes en detrimento de los hijos y de la sociedad toda”.(...) “Parece ser, entonces y conforme se referencia en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma, que los únicos daños que pueden ser indemnizados serán aquellos que se canalicen por el sistema de la responsabilidad civil, sin que tengan causa en la ligazón nupcial, ni en los deberes que de él emanan. Se procura disociar, distinguir o diferenciar —por lo tanto— todo aquello que sea relativo o inherente al vínculo matrimonial con lo que fluye o germina del denominado Derecho de Daños”.-

“Pese a tan férreos y expulsivos raciocinios diversos autores, a contrapelo de los mismos y con el objeto de basamentar la conjetural procedencia de aquel remedio resarcitorio, sostienen que dicha reparación no lo es en la calidad o entidad de cónyuge afectado o de consorte-víctima sino en el abrumado hecho o en la insufrible circunstancia de haber sido menoscabado, lesionado o alterado alguno de sus derechos personalísimos, como le puede ocurrir a cualquier sujeto que sufra un daño injustificado”.- - -

Con similar fruición o hermanado criterio no es dable omitir de resaltar o de destacar que ciertas actitudes o situaciones relacionadas con la vida conyugal —sin mengua de la exoneración resarcitoria invocada— no dejan de constituir, configurar o modelar un claro contexto ocasional de daño (ej. conducta afrentosa o violenta, dolosa falta de convivencia, vejación, desmerecimiento público del otro contrayente, etc.)”.

“Sin embargo habría que distinguir entre los daños que se pueden generar contra cualquier persona (ej. malos tratos o humillaciones) de aquellos que se enlazan con un vínculo conyugal y que generan la alteración del plan de vida, la pérdida de la felicidad o —incluso— la propia causal de adulterio”

“De ahí, pues, que derivada de la atávica frase acuñada por latinos maestros “-*alterum non lædere*” (41); receptada, luego, en el art. 1109 del proscrito Código velezano y consolidada —incluso— por el texto que integra el art. 1716 del bisoño cuerpo normativo unificado al regularse que “...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código...” se podría afirmar que, por el solo hecho de contraer matrimonio o de integrar una unión convivencial, de ser hijo o de ser padre, nadie pierde o resigna sus derechos personalísimos como resultarían ser —entre otros— la preservación de la salud, el honor o la intimidad. Incluso no podemos preterir ensamblar o adicionar a lo predicho y a fin de admitir su procedencia lo pautado por su gemelado art. 1737° del actual cuerpo legal al especificar o ponderar que “...Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva...”.-

“Los cónyuges no son llevados al juicio como tales, sino en su condición de afrentado y de victimario; todo ello sin importar si medió -o no- una sentencia de disolución conyugal”.-

“Es más, se ha apuntocado que la eliminación de las causales subjetivas del divorcio vincular no obsta a la reparación, en la medida en que se constituya una conducta antijurídica; de donde la misma posibilidad de lograr el resarcimiento del daño moral ocasionado por el adulterio es viable en el proyecto de reforma del Código Civil Unificado. No se hablará, entonces, de causales subjetivas de divorcio sino de afrentas a “... la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...” (art. 52 del novísimo cuerpo legal mencionado)”.

Los principios generales de la responsabilidad conducen a la misma conclusión. “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” y “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico...” (arts. 1717 y 1737 CCCN). Por otra parte, la indemnización del daño “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, (...) de “sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738 CCCN).

Según María Eugenia Famá, “toda actuación por parte del cónyuge que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro origina el nacimiento de un derecho al resarcimiento por el daño causado, solución que ahora emerge expresamente de los arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial, en cuanto imponen el deber de aplicar e interpretar las leyes de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos. Se trata de supuestos en los que se produce una lesión a los valores garantizados por estos instrumentos, que no alcanzan a ser protegidos mediante el régimen especial de divorcio y que son garantizados a toda persona con independencia de su calidad de cónyuge. Hablamos de derechos preexistentes y autónomos que no nacen con el matrimonio pues son inherentes a los seres humanos, cualquiera fuera su estado civil, y que por ende justifican la penetración del derecho de daños en el ámbito del derecho de familia” (Los daños y perjuicios derivados del divorcio en el sistema incausado propuesto por el Código Civil y Comercial, AR/DOC/3179/2015).-

En definitiva, de conformidad a las opiniones precedentes, que comparto, y a los principios generales de la responsabilidad civil, entiendo que el daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respeta los principios en los que se basa el matrimonio debe repararse.-

En nuestro caso hay sobrados elementos de juicio para tener por acreditada la infidelidad con el hecho que protagonizaron C y T a la salida de hotel alojamiento.

Aunque dijo no haberse convencido de que el hecho es un caso de adulterio o injurias graves, la propia jueza señala que “ambas partes reconocen el suceso del día 6 de junio de 2011, en que la actora se encontraba junto al Sr. N en su vehículo, la reacción de C, la respuesta de T, la asistencia médica al esposo...”.-

En efecto, T admitió que en esa fecha protagonizaron un incidente con C y un tercero en el Barrio I, aunque T sostuvo que se produjo en inmediaciones de una casa hasta la que acompañó a N por razones comerciales y cuando estaban regresando hacia el centro de la ciudad. También admitió que antes del incidente recibió tres llamadas de su esposo y que no atendió la primera pero si la segunda. En ese momento se encontraba en cercanías “de esta casa que iban a ver” y le dijo a C “que le de unos minutos y que le lleva la camioneta”. A los pocos minutos, luego de la tercer llamada, C se les cruzó con su camioneta y se produjo el incidente.

Los testigos L (fs. 240/244), M (fs. 245/246 v.) C (fs. 247/248), B (fs. 251/253), B (fs. 264/266) y M (fs. 313/316 y 319/321) lo confirman, por más que se hayan enterado por el propio C o las versiones de los diarios locales. Todo ello torna verosímil la versión de Y, según la cual T le dijo que su esposo “la había agarrado saliendo del Telo” y le pidió que no dijera nada (fs. 249/250 v). A todo ello se suman que el hecho fue motivo de comentarios en diarios y medios digitales.

La violación del deber moral de fidelidad y las circunstancias por las que se hizo público el incidente ya referido, permite presumir que C sufrió un daño moral que debe ser razonablemente reparado. El menoscabo de las legítimas afecciones del reclamante queda en este caso fuera de toda duda.

Por los motivos expuestos, creo innecesario abordar el análisis de la otra causa en la que C sustentó en la reconvencción el reclamo de la reparación del daño moral (la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador y el padecimiento de secuelas psicológicas).

7. De conformidad al análisis efectuado, corresponde:

8. a) dejar sin efecto el divorcio por la causal objetiva y decretarlo en forma incausada, en los términos del art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), lo que implica revocar el punto I y II del fallo de fs. 524;

y b) hacer lugar a la reconvencción y condenar a T a pagar a C la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral, en consecuencia, debe revocarse el punto IV de fs. 524 vta.

Vueltos los autos al juzgado de origen, debe examinarse la causa a la luz de las disposiciones vigentes y en su caso, previa vista a las partes, adecuarse los efectos del divorcio y resolverse las cuestiones que estuvieren pendientes de acuerdo a las normas del Libro II, Títulos I y II CCCN (ver al respecto la opinión de Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte", p. 115; conf. CSJN, en autos "Terren c/Campili", 29/03/16).

Las costas de alzada del divorcio deben imponerse por su orden y las correspondientes al daño moral aplicarse a T en ambas instancias. Los honorarios de primera instancia correspondientes al daño moral deben adecuarse a este pronunciamiento. Es mi voto

El Dr. Rodolfo F. RODRÍGUEZ, sorteado para emitir el segundo voto, dijo:

2. l) El colega preopinante ha realizado un pormenorizado relato de lo acontecido en autos, con lo cual no redundaré en tales descripciones so pena de ser reiterativo; por lo que me avocaré a la cuestión debatida en los recursos. Adelanto que coincido con el voto anterior respecto de la aplicación temporal de ley, es decir, del nuevo Código Civil y Comercial al presente caso. Simplemente agregaré que la sentencia de divorcio tiene carácter constitutivo ya que es en sí misma necesaria para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, por ello debe ser decretada aplicando la ley vigente al momento de su dictado; es aclarada esta cuestión en un artículo del doctrinario francés Paul RUBIER que es transcrito por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y dice así: "Si la ley nueva suprime una causa de divorcio admitida por la legislación precedente, esta causa no puede ser desde ahora invocada en la justicia. En efecto el divorcio es una situación jurídica cuya constitución supone: a) un hecho al que se califica como causa del divorcio; b) una sentencia. En tanto esa sentencia no haya sido dictada se está ante la fase de una situación en curso de constitución sobre las cuales las leyes nuevas tienen efecto inmediato; en consecuencia, esas leyes pueden suprimir tal hecho de la lista de causas del divorcio, que no puede ser de allí en más tomado en consideración por el juez. Importa poco que una acción en justicia haya sido ya interpuesta sobre la base de esta causa que la nueva ley no reconoce, porque en tanto no haya acaecido una sentencia definitiva el divorcio no se ha producido..." y continúa ahora afirmando la doctrinaria Aída Kemelmajer que: "... nadie discute que toda sentencia constitutiva ha requerido un previo conocimiento, pero este no es el punto, la cuestión es saber si al momento de entrada en vigencia del CCyC la situación (estado de familia) estaba en formación, in fieri, o por el contrario estaba agotada (...) la de divorcio es constitutiva, porque esa sentencia es, en sí misma, el título de estado de familia que emplaza a los cónyuges en estado de divorciados a partir del momento en que pasa en autoridad de cosa juzgada..." (TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T° V-A, pág. 325/326, Rubinzal Culzoni, Ed. 2.016). El artículo es clarísimo y me exime de mayores comentarios, pero he de agregar que en el caso que nos ocupa si bien se ha dictado sentencia de divorcio en Primera Instancia, la misma no pasó en autoridad de cosa juzgada habida cuenta de no estar firme, por ello debe aplicarse la nueva ley; además lo debatido en este pleito, entre otros temas, son las causales de disolución del vínculo, las cuales son una consecuencia del divorcio, por ello están alcanzadas por la nueva normativa: "La declaración de culpabilidad o inocencia es una consecuencia del divorcio y, como tal, está alcanzada por la nueva ley (art. 7°); por eso, si el

ordenamiento vigente al momento de la sentencia no recepta la calificación, la sentencia tampoco puede acogerla” (TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T° V-A, pág. 329, RubinzalCulzoni, Ed. 2.016).

Por todo lo expuesto coincido con el colega preopinante en cuanto a que la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial torna inoficioso tratar los agravios referidos a las causales invocadas para decretar una supuesta culpabilidad o inocencia en éste trámite, por lo cual cabe decretar el divorcio sobre la nueva normativa sin expedirse sobre causal alguna. La jurisprudencia también se ha expedido al respecto: “Tratándose de un juicio de divorcio, mientras no exista sentencia firme la situación jurídica no se encuentra agotada, por lo que la nueva ley rige en forma inmediata, aún cuando algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior, por lo que ante la eliminación del divorcio contencioso por el ordenamiento jurídico vigente el juez deberá decretarlo, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad” (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo civil y comercial • L. c. G. s/ ordinario divorcio • 05/10/2015 • DFyP 2016 (febrero) , 105 • LLLitoral 2016 (febrero) , 84 • LA LEY 23/02/2016 , 10 • LLLitoral 2016 (abril), 5 con nota de Francisco C. Cecchini • AR/JUR/34520/2015).

1. II) En este pleito también se ha solicitado por parte del reconviniente C una indemnización de daño moral por los siguientes motivos: 1) la violación del deber de fidelidad, la destrucción de la confianza y por la publicidad del hecho y su repercusión en los diarios y portales locales; 2) la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador, por lo que quedó la secuela de “strees post traumático” con pronóstico “reservado” según informe del médico psiquiatra C; 3) las injurias graves causadas por el divorcio; 4) el abandono voluntario y malicioso: en lugar de “cuidar a su marido herido” ... “aprovechó para sacar” de su domicilio conyugal “toda su ropa y muebles” mientras él estaba internado.

En este punto la situación es distinta a lo ya relatado, habida cuenta que si bien no cabe tratar las causales para decretar un divorcio, es diferente en el caso del daño moral, y prueba de ello es que la doctrina se ha dividido en cuanto a la procedencia del daño moral en el divorcio, siendo el eje central de esa discusión la derogación del deber de fidelidad en el matrimonio, que la nueva normativa sólo lo ha legislado como un “deber moral”. Prueba de lo dicho es la tajante división doctrinaria ocurrida en las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca tras la reciente aprobación del nuevo texto legal, en octubre de 2.015, en la cual se destacaron predominantemente dos posturas antagónicas en cuanto a la interpretación de la procedencia del daño moral en el divorcio, así una posición sostiene: a) En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737). (ARIANNA, PICASSO, PARELLADA, PELLEGRINI, LOUGE EMILIOSI, CAMELO, SAENZ, LOYARTE, CHECHILLE, LLOVERAS, CECCHINO, GAGLIARDI MARCELLINO, SCHIRO, IGLESIAS, MARTÍNEZ, DE LA TORRE, MOLINA, HERRERA, PERACCA, BERTERO, DUPRAT, NOTRICA, CURTI, Y ARRUIZ); la segunda postura argumenta: b) Con fundamento en el principio alterum non laedere (art. 19 de la CN) y lo establecido en los arts. 1, 2 y 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, la violación del deber de fidelidad, no obstante su carácter moral (art. 431), configura un obrar antijurídico (art. 1717) y un daño resarcible en los términos del art. 1737 del código citado. (HAYES; Jorge MAZHINGHI; Gabriel MAZZINGHI; GONZALEZ, PANDIELA; ABREUT; Nelson COSSARI y Leandro COSSARI).

Una vez sintetizado el posicionamiento doctrinario, mi postura al respecto se relaciona directamente en el análisis del daño moral a luz de todas las normas que impregnan la responsabilidad civil por daños en el nuevo ordenamiento en su conjunción con el plexo constitucional, acercándome más a la segunda de las dos posiciones doctrinarias enunciadas en el considerando anterior. Por ello es que puntualizaré la discusión sobre el elemento “antijuridicidad” a la luz de la nueva doctrina imperante en la materia; siendo que estas posiciones doctrinarias son antagónicas y cada una tiene fuertes y válidos fundamentos que sustentan su criterio. Lo primero que debe observarse es el art. 1.717 del CCyC que dice lo siguiente: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.” A contrario de lo dicho por el antiguo art. 1.066 del derogado Código Civil de Vélez, el cual exigía previamente una transgresión a la ley, a las ordenanzas o reglamentos, para configurar una violación al ordenamiento jurídico, diciéndolo de manera sintética y exegética, ya que la doctrina y la jurisprudencia habían morigerado esta interpretación en cuanto a que, por ejemplo, durante la vigencia del viejo ordenamiento podía generarse un daño de un obrar lícito que resultara injusto, y la víctima tenía derecho a una reparación; pero esta cuestión ya fue zanjada con el nuevo texto legal. El nuevo precepto estipula que cualquier acción u omisión que

genere un daño es antijurídica, salvo por supuesto, que esté justificada, por lo cual se protegen intereses que sean dignos de tutela jurídica, aunque en algunos casos no tengan cabida en las normas expresas. Es claro que el propio artículo 19 de la Constitución Nacional estipula que puedo actuar libremente en la medida que no dañe a terceros (*alterum non laedere*).

El derecho comparado nos ilustra en referencia a qué intereses son pasibles de ser resarcidos, tal como es reflejado en este artículo doctrinario que cito: “Los modernos autores italianos, insistimos, no dudan en señalar que el daño sólo puede definirse —en sentido jurídico— a partir de la lesión de intereses humanos. Asimismo, manifiestan que, como vimos, son pasibles de ser resarcidos tanto los intereses eficaces (aquellos subsumidos en la estructura interna de una situación jurídica específica reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico), como así también los intereses relevantes (aquellos que resultan ser dignos de tutela jurídica, sin ser sustrato de derechos subjetivos). Esta concepción que centra la protección jurídica en la lesión a un interés, según nuestro parecer, permite ampliar las fronteras del daño y es perfectamente compatible con el fenómeno de la atipicidad del acto ilícito civil, que impera en el actual Derecho de Daños.” (Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial; Calvo Costa, Carlos A. Publicado en: RCyS 2015-IV , 81). Esta concepción, a mi criterio, es receptada en el nuevo Código Civil y Comercial a través del art. 1.737, así un daño es injusto en la medida que se origine en la lesión de intereses que merecen tutela jurídica siempre y cuando sean relevantes, es decir, son aquellos valores que la sociedad recepta como merecedores de respeto y cuidado, siendo que efectivamente el art. 431 del CCyC tutela el deber moral de fidelidad. El art. 2 del CCyC permite interpretar este “deber moral” conforme a la finalidad de la ley, pero no referida a la puntual intención del legislador la cual ha de quedar en desuso con el paso del tiempo, sino cabe referirse en cambio a la razón que la justifica o el interés que se busca resguardar, debiendo perdurar en el tiempo, tal cual lo hicieron los principios constitucionales, el Dr. Ricardo LORENZETTI señala al respecto: “Se trata entonces de que el elemento a considerar no es solo el contexto de sanción de la norma, sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional” (CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, COMENTADO, T° I, pág. 35; Ed. RubinzalCulzoni año 2.014). Por ello el deber moral de fidelidad ha sido volcado en la norma jurídica, ya que si se interpretara que es una cuestión ajena al ordenamiento jurídico, evidentemente, no se hubiere introducido en un texto legal regulador de conductas. A mi criterio la finalidad de la norma es velar porque cada proyecto de vida de las personas o familiar se desarrolle sin que el Estado o los particulares lo perturbe, por lo cual en ciertas circunstancias, la infidelidad en el seno del matrimonio puede socavar ese proyecto de vida generando un daño (art. 1.738 de CCyC), la doctrina ha dicho: “El art. 1.737 del Código Civil y Comercial establece que hay daño “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”, y la fidelidad no es un interés reprobado por el derecho. Además, el art. 1738 del Código Civil y Comercial considera incluidas en la indemnización las consecuencias de “la interferencia en su proyecto de vida”, y es innegable que la víctima de la infidelidad tiene razones importantes para aducir que el otro cónyuge ha interferido en el proyecto de vida matrimonial ” (Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica; Ugarte, Luis A.; Publicado en: LA LEY 08/06/2015 , 1 • LA LEY 2015-C , 992 • DFyP 2015 (agosto), 3).-

Entonces volviendo al tema de la antijuridicidad se advierte que en el contexto actual del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha querido proteger a la víctima de un daño injusto, y por ello se prioriza el principio constitucional consagrado en el art. 19 de la C.N. de no dañar, que alcanza sin que otra norma del plexo infraconstitucional obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, por lo cual este deber de no dañar no puede estar fuera del marco de la legislación de familia, la doctrina refrenda lo expuesto: “Así, el vínculo del Derecho de la responsabilidad civil con la Constitución Nacional se patentiza con la lectura del art. 19: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden ni la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. El art. 19 de la Norma Fundamental reconoce el principio del *neminem laedere*; cada sujeto puede conducirse en la vida social del modo en que libremente elija con el límite de no perjudicar los derechos de terceros, ni ofender el orden ni la moral pública. Este tercero mencionado en el texto constitucional, para el Derecho de Daños, es, justamente, la posible víctima de un perjuicio. Aparece aquí como fundamento de la reparación del daño la violación del deber de no dañar, el *alterum non laedere*, al que en los últimos 25 años la Corte Suprema viene asignando jerarquía constitucional, al sostener que “el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental)” y, yendo más allá, que “el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter

exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”. En definitiva, existe un derecho constitucional a la reparación, autónomo como derecho natural de todo damnificado en absoluta concordancia con el art. 19 de la Constitución Nacional: “no dañar a otro”, que lo perfecciona con todas las características de un derecho humano fundamental de la persona. Las consecuencias de esta postura son numerosas, destacándose, en particular, que tratándose de un derecho reconocido por el propio constituyente, el legislador común podrá reglamentar ese derecho, pero no negarlo, ni alterarlo ni menoscabarlo.” (La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial; Leiva, Claudio Fabricio; Publicado en: LA LEY 18/11/2016, 1). Por tal motivo entiendo que al acreditarse el daño en el caso de autos, la antijuridicidad se produce por verse afectado un interés de tutela jurídica que debe ser indemnizado.

En cuanto al comportamiento merecedor de sanción no está dado por el hecho del divorcio, sino por el obrar nocivo para el otro cónyuge, habiendo un factor subjetivo de responsabilidad, el cual debe ser claramente acreditado. Así lo expresa la doctrina: “Se debe tener en claro que en el resarcimiento por las consecuencias no patrimoniales del daño, no es un principio general que deba darse en todo caso de divorcio o ruptura de la convivencia, por el contrario, es la excepción. A modo de ejemplo el desamor puede ser el motivo de la separación y no por ello puede generar daños de índole resarcible. Tratándose del rubro indemnizatorio el comportamiento merecedor de una sanción por el concepto referido, no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la convivencia, sino por el obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron y el caso concreto. Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento el factor de atribución en juego es el subjetivo: culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.” (El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial; Jalil, Julián Emil; Publicado en: RCyS 2016-III , 15).

Examinaré si el presupuesto de la infidelidad se encuentra acreditado en autos. El colega preopinante ha realizado en el marco de su autonomía jurisdiccional un análisis de pruebas colectadas que consideró relevantes, por lo cual agregaré, a mi criterio, otras probanzas que también entiendo pertinentes a estos efectos. En ese sentido es importante resaltar la sentencia decretada en el expediente penal instruido contra el reconviente por amenazas, del cual resultara absuelto, conforme obra a fs. 542/557. Allí el juez de audiencia del juicio, analiza el hecho ocurrido el día 6 de junio de 2.011, y ese magistrado pone en dudas el relato formulado por la Sra. T, el cual es coincidente con el expuesto en su demanda en esta sede civil, puntualmente el juez penal hace referencia a que no pudo brindar dato alguno sobre su versión de los hechos, por ejemplo, en cuanto a la identificación de la casa del Barrio I que supuestamente iba a decorar, ni brindó precisiones sobre el solar cercano al supermercado “Chango-Más”, como así tampoco dio certezas sobre dónde se encontraba el tractorcito para cortar el pasto, ni sobre los datos para identificar al vendedor del mismo. El magistrado penal hace referencia a las cartas, que también obran en estos autos, sobre el reconcimiento de ciertos hechos de infidelidad, donde reitera pedidos de perdón a su ex cónyuge; se resaltó también en esa sentencia que la reconvenida no tiene una secuela de maltrato psicológico. Todas estas afirmaciones efectuadas en esta sentencia penal -que se encuentra firme- hacen que se desmerezca el relato de la Sra. T en cuanto al hecho acontecido generador del supuesto daño y, en contrario, se robustezca la versión de los hechos relatada por C. A ello cabrá agregarle los dichos de los testigos que depusieron en esta causa civil que dan cuenta del episodio de infidelidad, tales como L (fs. 240/244), M (fs. 245/246 v.) C (fs. 247/248), T (fs. 249/250), B (fs. 251/253), B (fs. 264/266) y M (fs. 313/316 y 319/321); todos son coincidentes con el relato de C, y a pesar que no hayan participado de manera presencial en el acontecimiento, sus dichos son corroborados por otras pruebas, tales como la sentencia dictada en sede penal recientemente analizada y demás pruebas que examinaré a continuación. La repercusión en los medios periodísticos que reproducen los dichos de determinadas fuentes que dan cuenta de la existencia de ese episodio; otra prueba relevante es el informe psicológico de la licenciada D que a fs. 444 dictamina que “... las reacciones impulsivas que ha manifestado el Sr. C son atribuibles a una respuesta sintomática a hechos de su biografía (puntualmente el Sr. C relata en las entrevistas libres haber encontrado a su esposa acompañada de una persona de sexo masculino a la salida de un hotel alojamiento). Por lo tanto cabe encuadrar tales reacciones como síntomas de neurosis traumática...”. Por lo cual sobre la base del análisis probatorio del voto precedente, más la prueba examinada aquí se revela que la infidelidad, ha ocurrido.

Ahora, queda por verificar el daño que dice haber padecido el reconviniendo, expuesto a través de diferentes hechos puntuales. Expone como primer punto el daño moral que causó la infidelidad, pero aquí debo remarcar mi disidencia con el colega preopinante, porque considero que conforme a legislación actual el simple hecho de la infidelidad por sí sola no genera "in re ipsa" un daño moral, ni tampoco se lo presume, sino que, como dije anteriormente, el interés lesionado debe configurarse de manera relevante, para poder indemnizar, por lo cual, el daño debe verificarse a través de las pruebas producidas. Y así observo, entre ellas, el informe psicológico de fs. 411/422 y sus explicativas de fs. 440/446, mediante el cual se encuentra acreditado el daño concreto que la experta indica a fs. 413: "... Al momento del examen el cuadro clínico y sintomático cumple los criterios para el diagnóstico Trastorno Depresivo Mayor recidivante en remisión parcial, con síntomas melancólicos, con recuperación interepisódica clasificado en el DSMIV con el código F 33.4 (296.34)..." y a fs. 414/415 describe la perito puntualmente cada uno de los síntomas, tales como "estado de ánimo depresivo, pérdida de interés o de la capacidad para el placer", especificando que "los síntomas provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo...", lo que reafirma en las explicativas a fs. 445: "... de acuerdo al diagnóstico realizado (Trastorno Depresivo Mayor recidivante en remisión parcial, con síntomas melancólicos, con recuperación interepisódica) mi criterio profesional indica que tal cuadro clínico sintomático ha requerido y requiere hasta la actualidad de tratamiento psicofarmacológico". También el informe del médico Psiquiatra del Dr. C a fs. 160/163 ha indicado que: "... se trata de una persona lúcida con discurso coherente, que es afectado por su enfermedad en su estado de ánimo y esto en los últimos días se profundizó tanto que, protagonizó un grave intento de suicidio, pudiendo ser rescatado casi milagrosamente por su familia...". Es evidente que el hecho de la infidelidad de su esposa ha ocasionado en C. un menoscabo merecedor de daño moral, ya que se afectó un interés relevante para el ordenamiento jurídico, tal como lo indica el art. 1.738 del C.C. y C. En cuanto a las repercusiones en el medio periodístico es una prueba más de la aflicción ocasionada, siendo inclusive una consecuencia que expandió más el daño.

En lo referido a los dos supuestos invocados en la demanda a fs. 56/56 vta. puntos b) "intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador" y el d) supuesto del "abandono malicioso", considero que estos daños no se encuentran debidamente acreditados. En referencia al primero no consta una sola prueba que indique que la Sra. T intentara instigar para atentar contra la vida de C, ya que conforme al relato de los testigos el día del hecho fue un momento de excesiva confusión, en el cual si bien hubo un acto de infidelidad, para mí acreditado, todo lo demás se genera a raíz de ese hecho puntual, pero no pudo acreditarse un intento de instigación dolosa de la reconviniendo. En cuanto al abandono que dice haber experimentado C, cabe tomarlo en el contexto de los acontecimientos, y en este punto el testigo L, que depuso a fs. 240/244, aclara la cuestión al responder a la DÉCIMA PRIMERA PREGUNTA a fs. 243 vta: "... Sí, bastante se acuerda, la Sra. T quería entrar a verlo, estaba, no sabe el declarante como decirlo, arrepentida, dolida podría decir, casi desesperada, lo lógico después de haber pasado una situación de semejante estrés. Ella quería entrar a verlo, el declarante se lo pregunto a CI y este no lo aceptó. En esa oportunidad el declarante le dijo a G que no era prudente, ya que les había llevado muchas horas calmarlo, y la presencia de ella habría sido una regresión...", por lo tanto entiendo que estos presuntos hechos dañosos no se han acreditado debidamente por el reconviniendo. Tampoco merece tratamiento el punto enunciado en la demanda como c) "daño moral por injurias graves", ya que las injurias no fueron examinadas en virtud del cambio de legislación explicado en el primer considerando de este voto.

Por lo tanto encuentro acreditado el daño moral sufrido por C, a raíz del episodio de infidelidad padecido el día 6 de junio de 2.011 que truncó su proyecto de vida familiar, y que a su vez generó un atentado contra su honra, "... se alude la sentimiento o conciencia a que cada persona tiene de su propia dignidad, es decir, se vincula con la estima que la persona tiene de sí misma..." (Ignacio E. ALTERINI, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, COMENTADO, TRATADO EXEGÉTICO T° I, pág. 538; "2da. Ed. actualizada, año 2.016), entendida en la faceta subjetiva del derecho al honor que aquí se ha visto conculcado con el actuar de la reconviniendo. Ello ha sido acreditado a través de la pericia psicológica como así también por la repercusión en los medios periodísticos del citado episodio, acreditados a fs. 33/39.-

Es manifiesto que el Sr. C ha experimentado un daño a raíz del episodio ocurrido de el día 6 de junio de 2.011, es decir, que se si bien el art. 431 del C.C. y C., como dije anteriormente, decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, ha captado un interés relevante, ya que no hay duda que este interés se despliega en el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral que son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son dignos de amparo legal y merecen ser resarcidos. En

este artículo doctrinario se centran estos conceptos para una mejor comprensión de lo expuesto y por ello me permito transcribir algunos de sus párrafos: “El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por este último, siempre que no contraríen el orden público. La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto. Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Tomo IV. Ed. Hammurabi. Pag. 124). Y que dudas quedan en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral son derechos tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos. El interés existe, y la fidelidad, el buen trato, la estabilidad familiar, la vida en común sana y moderada, siguen siendo valores dignos y respetados por toda la sociedad aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, cabida en las normas un deber jurídico preestablecido. El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica deberá ser indemnizado...” (El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial; Jalil, Julián Emil, publicado en: RCyS 2016-III, 15). Sin perjuicio de lo dicho también y en cierta medida la antijuridicidad encuentra sustento en lo estipulado por el art. 52 del CCyC, ya que C se vio menoscabado en su intimidad familiar, como así también en su reputación, siempre con una mirada desde la faz subjetiva, por lo cual sobre la base de esta norma legal el reclamo resarcitorio también encuentra sustento. 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, tal como lo he analizado anteriormente; el segundo que también ha sido abundantemente tratado y 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. Por lo que ahora queda por determinar la cuantía del daño extrapatrimonial reclamado en la reconvenición, que C deja a criterio del juez sentenciante.

Para fijar la cuantificación debo observar las pruebas producidas en autos en referencia con el hecho dañoso, así la doctrinaria Matilde Zavala de Gonzalez nos ilustra sobre el particular: “... los juristas debemos enfrentar el problema resarcitorio del daño moral con la misma serenidad y entereza que se reclama de un médico cuando sólo puede aliviar y no curar. El alivio indemnizatorio, entregando un bien pecuniario a quien sufrió un mal espiritual, es la única reacción factible cuando no se puede devolver el brazo al incapacitado, ni retornar los muertos a la vida. Con “algo” (una suma de dinero) hay que compensar a quienes sufren un mal espiritual por haber sido lesionados injustamente. Del hecho que no pueda concederse una reparación exacta, no cabe concluir en que no deba concederse ninguna, pero tampoco que pueda otorgarse cualquiera ... la entidad objetiva y subjetiva de la lesión espiritual es la pauta cualitativa tradicional invocada para mensurar la indemnización. Por ejemplo, hay injurias más desmerecedoras que otras, y su gravedad se acentúa si han sido difundidas públicamente; una misma afrenta al honor repercute diversamente cuando se infiere a una persona ya desprestigiada, que si se trata de otra de merecimientos y calidades reconocidas...” (Cuánto por daño moral; Zavala de González, Matilde M.; Publicado en: LA LEY 1998-E , 1057 • LLP 1999, 1068 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 153 • RCyS 2015-XI, 211).

Por ello en el examen de las pruebas debo decir que el matrimonio data desde el 14 de Febrero de 1.986, es decir, 25 años de matrimonio habiendo formado una familia con sus hijos, pero también cabe apreciar en este contexto, que si bien el matrimonio transcurrió en armonía durante la mayor parte de los 25 años, los informes psiquiátricos dan cuenta de un deterioro en la relación, así surge del informe de la Dra. M a fs. 165/166 que asevera que en el último tiempo el matrimonio estaba “... atravesando momentos de extrema angustia, ansiedad, preocupación y sentimientos de temor e inseguridad en la relación conyugal...” (fs. 265), también el informe del Dr. C dice que “... los hechos acaecidos en los últimos días, fueron causados por su

extremo malestar de ánimos, el cual está claramente vinculado a un contexto dinámico Neurótico, no resuelto, de larga data...” (fs. 161). Por supuesto que estas aseveraciones no ameritan que el matrimonio concluyera en una infidelidad, ya que podrían haberse arbitrado otras soluciones sin llegar a ese extremo dañoso, como ya he examinado. Pero lo cierto es que al tener que dictaminar sobre la cuantía del daño moral, estos hechos inciden en su configuración, ya que no es lo mismo un matrimonio que lucía sin problemas de ninguna naturaleza, salvo los normales, y de repente surge una infidelidad, que un matrimonio desgastado en el cual culmina con el hecho dañoso de la infidelidad, la que no está justificada por cierto. Pero por otra parte, también es real que el hecho dañoso, en este caso, fue traumático a punto tal que el reconviniendo estuvo a punto de suicidarse. Además de ello la repercusión de los medios de comunicación del hecho impactó negativamente en un profesional conocido en la ciudad, como es C, habiendo generado un menoscabo importante en su persona, atendible a la hora de cuantificar el daño. Así es que debo sopesar todos estos elementos a la hora de cuantificar la condena, por ello atendiendo a estas ponderaciones para llegar a una indemnización plena, estimo el daño moral en este caso en la suma de \$ 40.000,00 calculados al momento del hecho dañoso (06/06/2011), con más intereses a la tasa mix de uso judicial.-

Por último en referencia a las costas coincido con el colega preopinante en que las costas emergentes del divorcio se deben imponer en el orden causado, y las generadas por el reclamo de daño moral se impondrán a la actora reconviniendo en ambas instancias. Este es mi voto.-

Ante las disidencias que anteceden y conforme a lo establecido por el art. 51 L.O.P.J. y Acuerdo N° 25, se pasan las actuaciones al Dr. Roberto M. IBÁÑEZ, quien dijo:-

Ante las disidencias existentes entre los dos primeros votos, me corresponde dirimir las o resolverlas. Ello limita el análisis, pues en realidad no tengo otra posibilidad que adherir a alguna de las dos posturas.-

En el presente, en virtud de las circunstancias que rodean el caso, en lo que es materia de disidencia adhiero al voto del Dr. Rodolfo Fabián Rodríguez

En consecuencia, la CÁMARA DE APELACIONES:

RESUELVE: I.- Dejar sin efecto los puntos I y II del fallo de fs. 524/525 y decretar el divorcio en forma incausada en los términos del art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación.

II.- Rechazar el recurso articulado por la actora a fs. 531 y hacer lugar parcialmente al interpuesto por el demandado reconviniendo a fs. 530 y, en consecuencia, revocar el punto IV del fallo de fs. 524 vta. y condenar a T a pagar C, en el término de diez días, la suma de \$ 40.000,00 en concepto de daño moral, calculados al momento del hecho dañoso (06/06/2011), con más intereses a la tasa mix de uso judicial en esta circunscripción.-

III.- Imponer las costas de la siguiente manera: a) las referidas al daño moral, a la actora en ambas instancias; b) las correspondientes al divorcio, por la actuación en segunda instancia, por su orden.

IV.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios por el reclamo del daño moral establecida en el punto V del fallo de fs. 524vta., que se fijan para los Dres. G y E, en forma conjunta, en el 21% y para las Dras. A y G, en forma conjunta, en el 12%, en ambos casos sobre el monto de condena establecido en el punto II de este fallo (capital más intereses), más el IVA si correspondiere.

V.- Regular los honorarios de alzada de la siguiente manera: a) respecto de la actuación por la demanda de divorcio para los Dres. G y E, en forma conjunta, en el 30% de los fijados en el punto V del fallo de fs. 524vta. y para el Dr. M en el 30% de los regulados a las patrocinantes de la actora para la primera instancia en el mismo punto; y b) respecto de lo reclamado por daño moral para los Dres. G y E, en forma conjunta, en el 30% de los fijados en el punto IV de este fallo y para el Dr. M en el 5,04% de los establecidos en el mismo punto para las patrocinantes de la actora (capital más intereses), más el IVA si correspondiere.

VI.- Disponer que vueltos los autos al juzgado de origen, y en su caso, previa vista a las partes, se resuelvan las cuestiones que pudieren estar pendientes referidas a los efectos del divorcio de conformidad a las normas vigentes.-

Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.-

Fdo.: Horacio A. COSTANTINO – Dr. Rodolfo F. RODRÍGUEZ – Dr. Roberto M. IBAÑEZ

Dra. Sonia Edith FONTANILLO
Secretaria de Cámara Civil