

## Responsabilidad civil en las relaciones de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Florencia Romina GIANFELICI\*

### Resumen

El derecho de familia se nutre de los principios generales del derecho entre los que se encuentra el de responder por el daño injustamente causado a otro. El nuevo CCCN no suprime la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios entre los integrantes de la familia en tanto y en cuanto se den los presupuestos de la responsabilidad civil. Los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad son indemnizables aún cuando no se lo califique de jurídico. La responsabilidad se encuentra expresamente excluida en el supuesto de ruptura de los esposales. Está especialmente prevista la responsabilidad por falta de reconocimiento de hijos. Tal criterio es aplicable por analogía a otros daños producidos entre familiares, como el derivado de la obstrucción del derecho de visita.

### Palabras clave

Familia · Daño · Responsabilidad · Deberes · Fidelidad

### Summary

Family law is based on law's general principles. One of them is the duty to answer for unjustly caused damage to another person. The new CCCN does not eliminate the right to claim for damages within family members as long as civil responsibility assumptions are met. Damages resulting from marital fidelity duty breach are compensable even when it does not qualify as legal duty. Responsibility is expressly excluded in the event of engagement breakdown. Liability is specially provided by the lack of recognition of children. This rule is applicable by analogy to other detriments between family members, as the one derived from the obstruction of access rights.

### Key words

Family · Damage · Compensation · Duties · Fidelity

\*Estudiante de abogacía, tutora- Alumno en el Programa de Becas de Tutoría de la UNL, ponente en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Bahía Blanca.

## 1. Introducción

Uno de los temas más controvertidos en el Derecho refiere al avance de las nociones y principios de la Responsabilidad Civil en el ámbito del Derecho de Familia<sup>(1)</sup>. Tema, que se populariza aún más en el marco del Nuevo Código Civil y Comercial, en el cual, al decir de muchos<sup>(2)</sup>, la familia ha experimentado importantes modificaciones.

La propuesta de la siguiente ponencia versa sobre la discutible aplicabilidad de la reparación por daños en el ámbito familiar, a la luz del cambio de paradigmas del reciente código, en sus distintas facetas a saber, daños producidos por la ruptura de los esponsales, daños producidos por la falta de reconocimiento de los hijos, daños producidos por la obstaculización del derecho de visitas, y por último, los daños entre cónyuges, tema que demanda reflexiones más profundas a raíz de la “supresión” del carácter jurídico del deber de fidelidad.

## 2. Irrupción del Derecho de Daños en el ámbito de las relaciones familiares

El Derecho de Daños ha crecido en este último tiempo de manera superlativa, y las relaciones familiares no han sido ajenas a ese proceso.

Sin perjuicio de ello, la doctrina y la jurisprudencia fueron reticentes con su admisibilidad. Tradicionalmente, los daños producidos en la intimidad familiar no escapaban de las soluciones y sanciones que proponían al respecto la especificidad del Derecho de Familia y el Derecho Penal. Difícilmente, se podía llegar al ámbito de la Responsabilidad civil en razón de una serie de valladares, que en pos de la “paz familiar”, cubrían al dañador con una suerte de “escudo protector”, por el sólo hecho de su condición de familiar: así ser cónyuge, novio/a, padre, etc.

La familia, como institución nuclear de la sociedad, es tutelada por el Derecho<sup>(3)</sup>, y en consecuencia, se justifica la intromisión del Estado cuando peligre la integridad de alguno de sus miembros como partes de la misma. Toda vez que se impidiera esto, se estaría sacrificando la individualidad de sus integrantes y con ello sus derechos personalísimos, en aras a la construcción de supuestos vínculos de solidaridad familiar en situaciones que en definitiva terminan por aniquilarlos.

No se podría pensar que el hecho de casarnos, de integrar una unión convivencial, de ser hijos o padres, traiga aparejado la resignación de derechos personalísimos, como la preservación de la salud, el honor y la intimidad, derechos que tenemos antes de pertenecer a cualquiera de estas categorías, por el sólo hecho de ser personas.

<sup>(1)</sup> DI LELLA, Pedro, "Derecho de daños vs. Derecho de familia", en *La Ley*, 1992-D, 862; MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", en *Revista Código Civil y Comercial, Edición especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Octubre, 2015, pag. 29 a 45.

<sup>(2)</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A., "Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial", en *Diario La Ley* del 19.03.2015.

<sup>(3)</sup> Así nuestra Carta Fundamental enuncia “la protección integral de la familia” (Art. 14 bis). La función del derecho es la de preservar esta unidad social y la de brindarle los instrumentos necesarios para que pueda desenvolverse (Art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Así brillantemente se reconoció en la Declaración Universal de Derechos Humanos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 13 apartado 3). SOSA, Guillermina Leontina, "Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios", en *La Ley Actualidad*, 06.12.2011.

Resulta totalmente ingenuo y contradictorio ampararnos en la estabilidad de la institución familiar para dar luz verde a la agresión, toda vez que esa tan ansiada estabilidad deja de existir en el mismo momento en que la agresión se produce<sup>(4)</sup>. ¿Por qué proteger así, al dañador basándonos en la piedad filial, si es ese mismo dañador el que previamente desconoció el carácter familiar del ámbito donde agredía? No existe ninguna indemnidad familiar que justifique causar un daño a otro integrante de la familia, ni concurre ninguna razón por la que no se deba responder en razón de ese vínculo. Tanto más aún si se piensa que el daño se verifica allí, donde uno cree estar más protegido y contenido, quedando expuesto a un mayor grado de vulnerabilidad.

En consecuencia, corresponde concluir que: las reglas de la responsabilidad civil son aplicables al ámbito del derecho de familia, salvo que la ley disponga lo contrario<sup>(5)</sup>.

### 3. Daños producidos por la ruptura de los esponsales

Respecto a los esponsales, el art. 401, CCCN<sup>(6)</sup> mantuvo la incoercibilidad de la promesa de matrimonio, negando asimismo, expresamente, la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. Así, se deja de lado aquella interpretación que la admitía con fundamento en el silencio, al respecto, del art. 165 del Cód. Civ., derogado<sup>(7)</sup>.

Sin perjuicio de ello, se ha dicho que debió haberse mantenido la responsabilidad por el daño al interés negativo ante la ruptura dolosa, entendiendo que si tal indemnización se prevé para las tratativas precontractuales en el art. 991, con mayor razón entre esponsales<sup>(8)</sup>.

Ahora bien, pese al tinte contractual que el nuevo código da a la institución del matrimonio<sup>(9)</sup>, considero que éste no es un contrato, sino que sigue siendo, un acto jurídico extrapatrimonial, por lo que no cabe aplicarle normas propias de aquél.

Por otro lado, podría generarse el efecto adverso de que las personas no ejerciten su plena libertad de no casarse por temor a un futuro pleito. No es bueno que los esponsales se vean constreñidos a un proyecto de vida en común, del que de ante mano no desean formar parte, todo ello en fragante desmedro de sus libertades personales, tales las de casarse o no casarse y elegir con quien hacerlo.

En consecuencia, considero que: según el Nuevo Código Civil y Comercial la ruptura de los esponsales no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, ni aun en calidad de daños al interés negativo.

<sup>(4)</sup> ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde M., "Daños entre familiares", en *La Ley*, 23.12.2014.

<sup>(5)</sup> Al respecto las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Bahía Blanca, 1,2 y 3 octubre del 2015- resolvieron como conclusión n°1 de la Comisión n°3, por unanimidad los siguiente: "El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares."

<sup>(6)</sup> BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, 2015, Tomo I, pag. 331.; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, 2015, Tomo II, pag. 4.

<sup>(7)</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De la incierta responsabilidad por daños ante el divorcio", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2007, 548. En este sentido se guarda concordancia con la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, la que en su art. 16.2 dice que "no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales".

<sup>(8)</sup> MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015-IV, 287.

<sup>(9)</sup> SAMBRIZZI, Ob. Cit.

#### 4. Daños producidos por la falta de reconocimiento de los hijos

El art. 587, CCCN<sup>(10)</sup> normativizó la postura jurisprudencial mayoritaria que admite la reparación del daño causado al hijo como consecuencia de la falta de reconocimiento voluntario. Tal reconocimiento no es una mera potestad de los progenitores, sino un deber exigible desde que se tiene certeza de la paternidad. Como tal su infracción acarrea, inexorablemente, la configuración de un hecho ilícito plausible de ser indemnizado. Ahora ¿Qué daños pueden ser reclamados?

El daño moral resulta evidente toda vez que se admita que la falta de reconocimiento afecta a la víctima en uno de sus derechos personalísimos, más preciados, a saber su derecho a la identidad: a conocer su origen, a tener un nombre y un padre; y tratándose de la lesión a tales derechos, doctrina y jurisprudencia son unánimes en que el daño moral se presume.

En lo que respecta a la indemnización del daño material, la jurisprudencia se ha mostrado más reticente entendiendo que resulta indispensable para su procedencia que el menor haya sufrido privaciones concretas, que se deberán probar.

Frente a ello, un sector doctrinario<sup>(11)</sup> entiende que la indemnización del daño material no debería quedar enconcordado en los límites estrechos del daño emergente, sino que debe ser enteramente indemnizable el lucro cesante, entendido éste como una mejor situación del hijo, una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y al mayor desarrollo en todos sus aspectos que hubiere tenido el niño de haberlo reconocido el padre renuente. Lo cual es así, aun cuando el niño cuente con el cuidado del progenitor que lo hubiere reconocido<sup>(12)</sup>.

En consecuencia, sostengo que: en el nuevo código se admite expresamente la indemnización de los daños por falta de reconocimiento del hijo comprensivo del daño moral y material en su faceta de daño emergente y lucro cesante.

#### 5. Daños derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visitas

El derecho de visita, entendido como un derecho de doble titularidad, que comprende el derecho a visitar y a ser visitado, se encuentra expresamente contemplado en el art. 555 del Código Civil y Comercial, norma que se complementa con el art. 557 que faculta al juez a imponer medidas para asegurar su cumplimiento<sup>(13)</sup>.

Es aquí donde la responsabilidad civil cumple además de su función reparadora y sancionatoria una función preventiva disuadiendo así el infundado entorpecimiento de los progenitores que ven a sus hijos como una suerte de “trofeo” o “botín de guerra”. En tal orden se ha dicho que: “la agresión al bolsillo –la víscera que más duele- puede transformar en seres razonables a quienes hasta ese momento no estaban dispuestos a entender razones”<sup>(14)</sup>.

<sup>(10)</sup> BUERES, Ob. Cit. Pag. 408; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, Ob. Cit., pag. 397.

<sup>(11)</sup> SOLARI, Néstor E., “Filiación extramatrimonial deducida contra los sucesores del causante. Cuestiones surgidas en relación a los daños y perjuicios”, en *La Ley Gran Cuyo*, 2006 (Agosto), 927; MEDINA, Graciela, Ob. Cit.

<sup>(12)</sup> SOLARI, Néstor E., “Daño moral del padre no reconociente ¿y el daño material?”, en *La Ley NOA*, 2006, Agosto, quien afirma que de lo contrario, paradójicamente, el cumplimiento del responsable liberaría al irresponsable.

<sup>(13)</sup> BUERES, Ob. Cit. Pag. 394 y ss.; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, Ob. Cit., pag. 330 y ss.

<sup>(14)</sup> MEDINA, Graciela, ob. cit., quien reproduce las palabras de palabras de Makianich de Basset.

Si pese a esas medidas el entorpecimiento persiste, entiendo que ello puede dar lugar a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Daños, que no sólo se vinculan al costo emocional<sup>(15)</sup> que sufre el hijo en cuanto al cultivo del afecto y de los vínculos familiares, sino también aquel daño que padece el padre privado de la comunicación. Dicho resarcimiento deberá comprender además de los daños morales, los patrimoniales propios de problemas laborales, gastos para concretar visitas frustradas, etc.<sup>(16)</sup>.

No es tema menor recalcar, que la imputación de la responsabilidad es a título de dolo o culpa. De manera tal que, si la falta de comunicación se justifica en razón de la integridad o salud psicofísica o moral del menor, correspondería que esta se interrumpa -por la supremacía del interés superior del niño- sin que por ello quepa atribuir responsabilidad alguna.

Por ello cabe concluir que: si bien no está expresamente prevista la responsabilidad civil por obstaculización del derecho de visitas, es plenamente indemnizable el daño que ello provoque tanto al hijo como al padre no conviviente, con fundamento en la culpa, sentido amplio.

## 6. Daños entre cónyuges

Los daños entre cónyuges es la categoría que en el Derecho de daños ha dado lugar a opiniones doctrinarias y jurisprudenciales de lo más diversas.

Hasta el momento de la entrada en vigencia del nuevo Código, eran fácilmente delimitables tres posturas, dos extremas y una intermedia<sup>(17)</sup>.

La primera de las posturas que podríamos denominar negativa (Borda<sup>(18)</sup>, Bibiloni) se basa en los siguientes fundamentos: a) la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra, es contraria a la moral y a las buenas costumbres; b) ausencia de regulación normativa no pudiendo los jueces atribuirse facultades legislativas que la ley no les reconoce; c) especificidad del derecho de familia; d) inaplicabilidad de las normas sobre nulidad del matrimonio; e) agregarle daños a una declaración de culpabilidad que ya trae innumerables sanciones propias del régimen de divorcio, sería excesivo; e) crisis del concepto de culpa en el divorcio y tendencia creciente a introducir el sistema de divorcio por causales objetivas, ante las dificultades del juez interviniente de descifrar las verdaderas causas del mismo.

La segunda de las posturas que podríamos denominar afirmativa se basa en los siguientes fundamentos: a) los incumplimientos de los deberes matrimoniales acarrear un daño moral merecedor de ser indemnizado; y b) aplicación del principio general del deber de no dañar.

Por último, no podemos olvidar la postura intermedia que proponía el Dr. Cifuentes, para quien el divorcio no es causa de resarcimiento ni las causales tampoco, pero cuando los hechos que lo llevaron tienen una fuerza dañadora muy punzante, es decir, realmente

<sup>(15)</sup> El síndrome de alienación parental (SAP) es un claro ejemplo de ello. Se incursiona en un círculo vicioso: la reducción de las visitas, trae aparejada una distorsión de la imagen del progenitor no conviviente y con él la ruptura del vínculo paterno-filial que trae nuevamente más desunión. Para un cabal análisis de la situación post-divorcio ver ALBARRACÍN, Marta, "Divorcio destructivo: particularización sobre aspectos del conflicto", en *La Ley* 1992-A, 910.

<sup>(16)</sup> MEDINA, Graciela, "Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador", en *DJ*, 03.04.2008; MEDINA, Graciela, Ob. Cit.

<sup>(17)</sup> DOMENIGHINI, Noelia, "Daño moral en el divorcio vincular", en *DFyP*, 2013 (mayo).

<sup>(18)</sup> BORDA, "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio", en *ED*, 1992, 147-813.

gravosa, en el prestigio, en el espíritu, la lesión al bien moral debe ser compensada con carácter autónomo<sup>(19)</sup>.

El desordenado marco de elucubraciones doctrinales aparentaba quedar superado tras el fallo plenario del año 1994 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>(20)</sup> que admitió la reparabilidad del daño moral<sup>(21)</sup> ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.

Tal era el panorama antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Ahora, tras su sanción, cuyo art. 431 relega el deber de fidelidad a la categoría de mero deber moral se genera un nuevo interrogante: ¿Es posible iniciar acciones de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de tal deber en el nuevo ordenamiento?

Para un sector doctrinario, en el nuevo código, respecto del supuesto de referencia, cae la antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad civil, porque no habría inconductas matrimoniales más allá del incumpliendo del deber de alimentos, y asistencia con lo que, dicha posibilidad de reclamo, admitida por el Proyecto de 1998, ha sido totalmente desechada por la nueva norma<sup>(22)</sup>. A tal punto, que algunos han llegado a admitir que frente a este estado de cosas, se deduce un suerte de “derecho al daño matrimonial”<sup>(23)</sup>.

Igualmente, se ha dicho que sentimientos como el amor y desamor no son indemnizables a tal punto que la ley habilita a los esposos a extinguir el vínculo matrimonial por una mera declaración unilateral de voluntad, sin invocación de causa. Resultaría una paradoja que pese a ello, se admitiese una reparación de un daño anexo al divorcio<sup>(24)</sup>.

Pese a estos argumentos, diversos autores, con el objeto de dejar subsistente el remedio resarcitorio, entienden que si uno de los cónyuges hubiere cometido un hecho dañoso contra el otro, cabría el derecho a una indemnización. Lo que se fundaría en la propia conducta dañosa, lesiva de derechos personalísimos en cuanto causen un menoscabo a su consorte, más allá del carácter culpable del divorcio, situación que desaparece. Se entiende así que las reglas básicas de la responsabilidad civil no han cambiado, de manera tal que el matrimonio no fue, ni será en el nuevo código un ámbito en el cual se pueda dañar impunemente.

A esta conclusión unánime se ha llegado en las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros<sup>(25)</sup> entendiéndose que la eliminación de las causales subjetivas del divorcio vincular no obsta a la reparación, en la medida que ello constituya una conducta antijurídica. Admitir lo contrario, nos llevaría a pensar que el matrimonio puede dar un pase libre a un detrimento moral que desde el vamos no sería susceptible de ser reparado.

Para dar fundamento a esta hipótesis debemos analizar los conceptos que proporciona el nuevo código. Se define a la antijuricidad en el art. 1717, CCCN<sup>(26)</sup> diciendo que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”,

(19) CIFUEN

TES, Santos E., "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", en *La Ley*, 1990-B, 805

(20) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil", en *La Ley*, 1996-D, 1702

(21) MOISÁ, "Imputación jurídica, daño moral, mora e intereses", en *La Ley*, 05.02.2013

(22) SAMBRIZZI, Eduardo A., Ob. Cit.

(23) ÁLVAREZ, Osvaldo O., "Código Civil y Comercial y daño moral con motivo del divorcio vincular", en *La Ley*, 12.06.2015.

(24) FAMÁ, María Victoria y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges", en *DJ*, 2005-1, 1094; ZAVALA de GOZÁLEZ, Matilde; "Los daños morales mínimos", en *La Ley* 2004-E, 1311

(25) Realizadas en Octubre del 2012 a propósito de "Responsabilidad civil por daños en las relaciones de familia".

(26) BUERES, Ob. Cit. Tomo II Pag. 160; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, Ob. Cit., Tomo IV pag. 1013 y ss.

mientras que el daño resarcible se caracteriza en el art. 1737, CCCN<sup>(27)</sup> diciendo 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”<sup>(28)</sup>.

Por ende, a partir de la vigencia del nuevo Código no es menester la lesión a un derecho subjetivo, sino que basta la lesión a un interés que no sea ilícito, para que se configure una conducta jurídica dañosa. De suerte que el traspaso del deber de fidelidad a la categoría de mero deber moral, no quita nada al deber de indemnizar, en tanto y en cuanto este subsiste como “interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”, cabiendo pues el deber de indemnizar a quien con culpa o dolo lo lesione, aun en el marco de un divorcio incausado.

Tanto más teniendo en cuenta que el *neminem ledere*, principio general del derecho, se encuentra expresamente mencionado en el nuevo código en el art. 1716<sup>(29)</sup>, totalmente independiente del estado de las personas, puesto que a nadie se le confiere el derecho de causar un daño a otro<sup>(30)</sup>.

Además, es de pensar que la inserción de un deber moral en un Código que regula deberes jurídicos, ha de tener alguna consecuencia positiva en el ordenamiento. Igualmente no debe soslayarse que el matrimonio que regula nuestro Código Civil y Comercial es monogámico (art. 406), con lo que los contrayentes tienen recíprocamente la expectativa legítima de que dicha unión se desenvolverá conforme a ese parámetro, lo que implica el cumplimiento del deber de fidelidad.

Ahora bien, el silencio del legislador frente a la procedencia de la acción de daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad ¿califica de olvido?, o ¿hay una clara intención de no admitir la reparación de los daños y perjuicios? o acaso ¿el legislador da por entendida la aplicación indiscriminada y automática de las normas generales al no haberse plasmado una regla prohibitiva?

Creo que la solución acertada es esta última. Será pues, tarea de los jueces arribar a la solución más justa en el caso concreto, desechando las contiendas conyugales exacerbadas o por bagatelas<sup>(31)</sup>, sin olvidar que tras la intranquilidad familiar derivada del daño, hay una víctima que no puede ser desoída en aras de la conservación de una paz inexistente o del silencio de la ley.

El pretendido cambio de paradigmas legales, no pueden cambiar el estado de las cosas. Las cosas son lo que son y no lo que el legislador dice que son<sup>(32)</sup>. Si bien a primera vista pareciera ser que las violaciones de los deberes son intrascendentes ante un sistema de divorcio incausado, ello no quita que éstas tengan la entidad de afectar la integridad psicofísica de las personas, en su esfera de dignidad, honor, seguridad personal, pérdida de

<sup>(27)</sup> BUERES, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 173; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, Ob. Cit., Tomo IV pag. 1062 y ss.

<sup>(28)</sup> MEDINA, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", en *La Ley*, 15.10.2012

<sup>(29)</sup> BUERES, Ob. Cit. Tomo II Pág. 159 y ss.; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, Ob. Cit., Tomo IV pag. 1012 y ss.

<sup>(30)</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", en *ED*, 105-213 expresa: "La vida en comunidad, donde tiene vigencia plena el deber de no dañar y como contrapartida la responsabilidad por los perjuicios ocasionados, en relación adecuada de causalidad con el hecho antijurídico, no puede fraccionarse; no es posible sostener que el matrimonio es una comunidad con su propio plexo normativo 'autónomo y cerrado'. (...)

Dañar fuera o dentro del matrimonio, hacerlo a un extraño a al propio conyugue, lejos de merecer una solución 'privilegiada' o eximente, debe computarse como agravante, al menos en la medida que son mayores los deberes de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas".

<sup>(31)</sup> ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, Ob. Cit.

<sup>(32)</sup> MOISÁ, Benjamín, "Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigma en el nuevo Código", en *La Ley*, 02.03.2015. expresa a propósito de la poco feliz expresión "buen divorcio" de la Comisión redactora que "las heridas a los sentimientos no se curan, ni los daños que de ellas derivan se reparan, mediante el simple expediente del cambio de la letra de la ley".

compañía y de la asistencia moral y espiritual, alteración en los hábitos de la vida social y profesional entre otros.

Decir que todo daño en el derecho de familia es indemnizable es tan desacertado como afirmar que ninguno lo es. El régimen de la responsabilidad civil no debe ser una herramienta para saldar excesivas susceptibilidades, permitiendo la intromisión del Estado en los aspectos más íntimos de la personalidad, sino un eficaz medio de restructuración y armonización de la vida familiar<sup>(33)</sup>.

En conclusión, considero que el daño entre cónyuges no es indemnizable por el mero hecho del divorcio -que la ley autoriza-, sino toda vez que lo experimenten a causa del incumplimiento de deberes conyugales por parte del otro, sea que se trate de deberes jurídicos o meramente morales, con sujeción a las disposiciones generales de la responsabilidad civil<sup>(34)</sup>.

<sup>(33)</sup> SOSA, Guillermina Leontina, Ob. Cit.

<sup>(34)</sup> Sobre esta cuestión las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit, concluyeron: II.- MATRIMONIO Y DAÑOS 1. Principios generales a.- Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales. LOYARTE, CHECHILLE, LLOVERAS, SCHIRO, CICHINO, IGLESIAS, MARCELLINO, DUPRAT, NOTRICA, HERRERA, MOLINA, PERACCA, CURTI, DE LA TORRE, DE LA TORRE, MARTÍNEZ, PELLEGRINI, ARIANNA, CAMELO, SAENZ, PARRELLADA, LOUNGE. b.- Son resarcibles tanto los daños entre cónyuges que lesionen su dignidad en cuanto persona humana como los derivados de la infracción a los deberes matrimoniales. Jorge MAZINGHI, Gabriel MAZINGHI; GONZALEZ; HAYES; COSSARI, Nelson, COSSARI, Leandro COSSARI y ABREUT. c.- Constituyen supuestos de resarcimiento entre cónyuges los daños provocados por violencia familiar y de género. APROBADA POR UNANIMIDAD 2. Deber de Fidelidad. DESPACHO DE MAYORÍA: 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). DESPACHO DE MAYORÍA: ARIANNA, PICASSO, PARRELLADA, PELLEGRINI, LOUGE EMILIOSI, CAMELO, SAENZ, LOYARTE, CHECHILLE, LLOVERAS, CICHINO, GAGLIARDI MARCELLINO, SCHIRO, IGLESIAS, MARTÍNEZ, DE LA TORRE, MOLINA, HERRERA, PERACCA, BERTERO, DUPRAT, NOTRICA, CURTI, Y ARRUIZ AGREGADO DE LOS DOCTORES PICASSO, SAENZ, Jorge MAZINGHI; PARRELLADA, LOUGE EMILIOSI: Excepcionalmente puede configurarse un abuso del derecho a la privacidad, o a la autonomía personal, cuando uno de los cónyuges entabla relaciones sexuales fuera del matrimonio con la exclusiva intención de dañar al otro. En tal supuesto la presencia de esa intención de dañar (y no simplemente de engañar) impide alegar la causa de justificación, y torna resarcible el daño resultante de la infidelidad. Este dolo directo debe ser probado en todos los casos por el cónyuge que lo alega, y no puede resultar únicamente de la constatación de la existencia de relaciones extramatrimoniales. DESPACHO DE MINORÍA: 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 MAZINGHI; Gabriel MAZINGHI; GONZALEZ, PANDIELLA; ABREUT; Nelson COSSARI y Leandro COSSARI, I



## Referencias bibliográficas

- ALBARRACÍN, Marta, "Divorcio destructivo: particularización sobre aspectos del conflicto", en *La Ley* 1992-A, 910.
- ÁLVAREZ, Osvaldo O., "Código Civil y Comercial y daño moral con motivo del divorcio vincular", en *La Ley*, 12.06.2015.
- BORDA, "Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio", en *ED*, 1992, 147-813.
- BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Tomo I y II, Hammurabi, 2015.
- CIFUENTES, Santos E., "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", en *La Ley*, 1990-B, 805.
- DI LELLA, Pedro, "Derecho de daños vs. Derecho de familia", en *La Ley*, 1992-D, 862.
- DOMENIGHINI, Noelia, "Daño moral en el divorcio vincular", en *DFyP*, 2013 (mayo).
- FAMÁ, María Victoria y GIL DOMINGUEZ, Andrés, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges", en *DJ*, 2005-1, 1094.
- MEDINA, Graciela, "Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador", en *DJ*, 03.04.2008.
- "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", en *La Ley*, 15.10.2012.
- "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015-IV, 287.
- "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", en *Revista Código Civil y Comercial, Edición especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Octubre, 2015.
- MIZRAHI, Mauricio Luis, "Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil", en *La Ley*, 1996-D, 1702.
- MOISÁ, Benjamín, "Imputación jurídica, daño moral, mora e intereses", en *La Ley*, 05.02.2013.
- "Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigma en el nuevo Código", en *La Ley*, 02.03.2015.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", en *ED*, 105-213.
- RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, 2015, Tomo II, IV.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., "Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial", en *Diario La Ley* del 19.03.2015.
- SOLARI, Néstor E., "Daño moral del padre no reconociente ¿y el daño material?", en *La Ley NOA*, 2006, Agosto.
- "Filiación extramatrimonial deducida contra los sucesores del causante. Cuestiones surgidas en relación a los daños y perjuicios", en *La Ley Gran Cuyo*, 2006 (Agosto), 927.
- SOSA, Guillermina Leontina, "Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios", en *La Ley Actualidad*, 06.12.2011.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De la incierta responsabilidad por daños ante el divorcio", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2007, 548.
- ZAVALA de GOZÁLEZ, Matilde, "Los daños morales mínimos", en *La Ley* 2004-E, 1311.
- "Daños entre familiares", en *La Ley*, 23.12.2014.