El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

Hernández, Lidia B.

Publicado en: DFyP 2014 (noviembre) , 37

Sumario: 1. La reforma en materia de familia.— 2. El tema del divorcio.— 3. Deficiencias que pueden advertirse en el régimen del divorcio sin causa por petición unilateral.— 4. La responsabilidad por las causas del divorcio y por el divorcio en sí.— 5. Conclusiones finales

Cita Online: AR/DOC/3758/2014

Lo primero que se advierte en la reciente codificación es la contradicción entre el vaciamiento de los deberes matrimoniales y borrar la culpa de las relaciones matrimoniales, con el mantenimiento de las formalidades y consecuente intervención del Estado en la celebración de las nupcias. Esto último, a mi criterio está indicando que socialmente la reforma no se presenta como la culminación de un reclamo social. 1. La reforma en materia de familia

El Código Civil y Comercial recién sancionado nos propone la reforma integral del Código Civil que rige en nuestro país desde el año 1872. Previamente, y a pesar de varios proyectos, solo se sancionaron reformas parciales, como la de la ley 17.711 de 1968 y en materia de familia las más importantes: las leyes 23.264 y 23.515, que introdujeron la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y el divorcio vincular, la ley 24.779 de adopción y la reciente ley de matrimonio igualitario.

El Código propuesto trastoca todo aquello que hemos conocido hasta ahora, incluso el lenguaje. En este sentido, el nuevo Código muestra diferencias notorias entre las distintas instituciones de derecho de familia. Así, el lenguaje aparece más jurídico y preciso en las normas propuestas sobre régimen patrimonial del matrimonio, mientras que se muestra un lenguaje común, con menos precisión respecto de la regulación del matrimonio y el divorcio, lo que no permite reconocer una sola pluma sino muchas intervenciones no uniformadas.

Si las reformas parciales o totales deberían ser una continuidad jurídica, lo cierto es que con el Código sancionado se perderían muchos años de elaboración doctrinaria y jurisprudencial sobre aspectos fundamentales de la materia.

Son también difíciles de definir los lineamientos generales del Código, aunque me atrevería a decir que en la regulación del matrimonio aparece como un proyecto liberal y en aspectos importantes la autonomía de la voluntad no se encuentra limitada claramente, desprotegiendo al más débil del binomio matrimonial.

Es más, como se ha sostenido, la eliminación de sanciones por inconducta y la invocación de la autonomía de la voluntad para quitar todo recaudo al divorcio no implica ya la introducción del individualismo sino del más crudo egoísmo. (1)

Debe destacarse el vaciamiento de la culpa en la valoración de las conductas matrimoniales, lo que a mi criterio es de dudoso resultado. Se revela también en el nuevo Código la autonomía de la voluntad, reconociendo y aun imponiendo pactos, aunque sin establecer

exigencias mínimas en la regulación de los efectos del divorcio y en el divorcio mismo, lo que torna aún más objetable el régimen tal como está propuesto.

2. El tema del divorcio

a) Antecedentes. El régimen actual

Como es sabido originariamente en nuestro Código Civil la única forma de obtener el llamado divorcio —aunque no vincular— era acreditando algunas de las causales previstas en la ley. Esta separación personal causal se encuadraba en lo que luego la doctrina caracterizó como el divorcio sanción, dando prioridad a las causas del conflicto conyugal y sancionando al culpable, o sea, al que había dado causa a la separación.

Con la evolución de nuestra legislación la ley 17.711 introdujo el divorcio limitado por presentación conjunta, que incorporaba causas a valorar judicialmente, lo que lo apartaba del divorcio por mutuo consentimiento del derecho comparado, aun cuando no era necesario acreditar las causales que se presentaban ante el juez. A pesar de algunas voces contrarias, lo cierto es que este tipo de separación se incorporó a las costumbres argentinas, principalmente por ser una alternativa al divorcio sanción.

Posteriormente al cambio de la jurisprudencia a partir del caso "Sejean"(2), la ley 23.515 introdujo no sólo el divorcio como causal de disolución del matrimonio, sino también las causales objetivas. Una de ellas es la de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge que impidieran la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos como causal de separación personal, la que puede convertirse en divorcio transcurridos tres años de la sentencia firme. La otra causal objetiva es la de interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse por un término de dos o tres años, según se la considere como causal de separación personal o de divorcio.

Con las causales objetivas de divorcio la causa del conflicto dejó de ser el objetivo buscado y bastó probar el conflicto mediante, por ejemplo, la separación de hecho durante un cierto tiempo.

En este sentido debe recordarse que la exigencia de probar causales objetivas del conflicto, alejadas de la culpa tiene como objeto impedir el repudio de un cónyuge al otro, rechazando aquella etapa en la cual el esposo podía repudiar a la mujer sin causa.

A mi criterio, la objetivización del conflicto conyugal resultó beneficiosa, pues es sabido que en materia del divorcio resulta importante en la mayoría de los casos evitar los juicios contenciosos por las causales subjetivas, donde se agudiza el conflicto familiar.

De todas maneras, en el sistema vigente, la culpabilidad subsiste en las causales subjetivas previstas por el art. 202 y la remisión del art. 214 del Cód. Civil, mediante las enumeración de las causales de adulterio, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean comunes o no, ya como autor principal, cómplice o instigador; instigación de uno de lo cónyuges al otro a cometer delitos; las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso del hogar.

b) El Código Civil y Comercial

Finalmente, el Código introduce lo que se ha dado en llamar el divorcio sin causa, decretado a petición de ambos o uno sólo de los cónyuges.

También se propone eliminar la separación personal, institución poco usada y que como se ha dicho cumplió en su momento no una función jurídica sino una función ideológica. (3)

El divorcio sin causa unilateral es regulado en el art. 437 en el sentido que se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Además, en el art. 438 exige que toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste, su omisión impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora.

Aun cuando en el art. 439 se dispone sobre el convenio regulador, lo cierto es que la norma proyectada sólo se refiere a las cuestiones que debe contener, pero sin especificar exigencia alguna en cuanto a los contenidos mínimos.
Asimismo, el art. 431 establece que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.
En definitiva, si bien se menciona al proyecto de vida en común, no se ha determinado que se desarrolle mediante la convivencia en un único domicilio conyugal y en cuanto al deber de fidelidad sólo se lo legisla como deber moral, lo que no aparece como propio de un Código. Sólo la asistencia se propone expresamente como un deber de ambos cónyuges. Empero, ni el abandono de la convivencia, ni la falta de asistencia, ni por supuesto el adulterio, ya que la fidelidad se regula como deber moral, resultan para el nuevo Código incumplimientos que merezcan alguna sanción, más allá de la condena a cumplir con los alimentos de toda necesidad al otro cónyuge.
Cabe observar que aminorar los deberes matrimoniales tiene relación precisamente con el vaciamiento de la culpa en todo lo que se refiere a las conductas matrimoniales. Lo que se pretende es la no sanción al causante del divorcio.
Entiendo que el régimen propuesto resulta insuficiente, pues deja desamparada a la parte más débil, que necesariamente debe protegerse. Además, no satisface necesidades sociales, ya que no se advierten reclamos en cuanto a la necesidad de introducir el divorcio sin causa o a la eliminación de los deberes matrimoniales. Ni siquiera estos temas fueron tratados en las más recientes Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
De acuerdo a mi experiencia durante muchos años en la magistratura, las personas tienden a evitar el divorcio litigioso, acudiendo a la presentación conjunta o a la causal objetiva de separación de hecho. Empero, también se presentan casos donde el divorcio por las causales subjetivas se hace inevitable porque alguno de los cónyuges comete actos que resultan incompatibles con la solidaridad conyugal y familiar, sea a través de hechos de violencia, falta de asistencia material y moral, humillaciones públicas, extorsiones, adulterio y abandonos en épocas y circunstancias de la vida que lesionan gravemente al otro cónyuge.
En este aspecto, ya senté mi posición en el trabajo que realicé conjuntamente con Ugarte y Ocampo (4), donde consideramos que además de la causal objetiva de separación de hecho, en una futura reforma debería mantenerse, a la manera del Código francés, una causal general subjetiva única precisamente para dar al inocente una herramienta con el fin de solucionar con justicia aquellos casos ya citados.
Asimismo, no sólo se pretende introducir el divorcio sin causa sino que no se ha incorporado tampoco el tema de la culpa al tratar la legitimación para pedir las prestaciones compensatorias y además se ha limitado la responsabilidad entre cónyuges sólo a la derivada de las normas generales sobre responsabilidad civil, aunque excluyendo los daños relacionados a las conductas matrimoniales, salvo cuando afecten derechos fundamentales de la persona, es decir la posición más limitada, como luego se verá, en el aspecto de reparar el daño producido al cónyuge derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales.
Se produce entonces un verdadero vaciamiento de la culpa, lo que no permitirá resolver con justicia los casos en los cuales el cónyuge inocente y más débil de la relación resulta abusado por el más fuerte. En este aspecto no cabe duda de acuerdo a mi experiencia que en la mayoría de los casos la más perjudicada será la mujer.
c) Otras legislaciones
Observo además que el régimen adoptado es todavía más permisivo que en la legislación comparada que establece el divorcio sin causa unilateral.
Así, Suecia es uno de los primeros países en incorporar el divorcio sin causa y si bien ha sido calificado muy próximo al repudio unilateral se advierte como contrapartida que es el país que

más ha hecho a favor de la equiparación real de ambos sexos. Cabe concluir que la libertad del divorcio, próxima al romano, debe poder jugar allí donde la igualdad real y no puramente formal de los sexos esté cerca de alcanzarse. Y en este aspecto, en nuestro país todavía, y a pesar de las normas constitucionales en tal sentido, en los hechos se dista mucho de haber conseguido esa igualdad.

No obstante, si bien la ley sueca no prevé separación previa al divorcio, existe un término de meditación impuesto a los cónyuges en el caso de divorcio por petición unilateral de uno de ellos e incluso cuando lo han pedido ambos, si hay hijos menores de 16 años. La ley dispone que en tales supuestos la sentencia no se dicte sino después de seis meses de la petición salvo que con anterioridad los cónyuges hubieran estado separados de hecho durante el término de dos años.

En España, la ley 15 del año 2005, fuente del Proyecto, en los arts. 81 y 86 establece derechos matrimoniales de convivencia y fidelidad. El divorcio se decreta a petición de ambos cónyuges o de uno de ellos con consentimiento del otro o a petición de uno sólo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio salvo causas graves como riesgo para la vida, la integridad física, la libertad de cualquiera de los cónyuges o de los hijos.

De la misma manera el Código Alemán que adopta también el divorcio sin causa establece expresamente que el matrimonio se contrae de por vida y obliga a los cónyuges a la convivencia matrimonial. Agrega el art. 1353 que los esposos tienen mutuos deberes de la comunidad conyugal. Además, al legislar las prestaciones compensatorias introduce el tema de la culpa, aunque con ciertas limitaciones.

La ley australiana requiere un período de separación para solicitar el divorcio sin expresión de causa. O sea que se concede el divorcio sólo por la ruptura del matrimonio. Si una pareja desea solicitar el divorcio debe encontrarse separada durante 12 meses, no mostrando ninguna capacidad para conciliar.

Si los esposos tienen hijos menores de 18 años y sólo uno de lo cónyuges solicita el divorcio se deberá asistir a una audiencia. Si la pareja tiene hijos menores de 18 años y presentaron juntos la solicitud de divorcio, también deben asistir a la audiencia en la Corte, aunque pueden solicitar no hacerlo.

Además, si se pide el divorcio antes de los dos años de matrimonio se debe, según la ley de derecho de familia, asistir a consejería o mediación en una agencia aprobada para intentar la reconciliación.

Como se advierte, en todas las legislaciones traídas a manera de ejemplo, se prevén limitaciones, sea exigiendo plazos de reflexión de los cónyuges, períodos de separación de hecho, intervenciones de instituciones de familia y manteniendo los deberes matrimoniales que, como luego se verá, sirven de señal de la legislación, no sólo para los cónyuges sino también para la sociedad toda de la importancia que se le da a la institución matrimonial.

En definitiva, a diferencia de las legislaciones citadas, el Código recién sancionado propone un divorcio sin plazo y sin causa y que además puede ser pedido unilateralmente; si a ello se agrega que los cónyuges no se deben fidelidad, ni convivencia y que el convenio que se exige no tiene exigencias mínimas para otorgar el divorcio, resulta fácil concluir que no se ha valorado suficientemente la institución matrimonial, aun con la amplitud que se acepta en la actualidad incluyendo las uniones homosexuales.

3. Deficiencias que pueden advertirse en el régimen del divorcio sin causa por petición unilateral

a) Desprotección de un término del binomio: El inocente

Cuando el matrimonio se disuelve por causas realmente imputables a uno de los cónyuges 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 naeminen

laedere. Esto trasciende, obviamente, no en cuanto a que el divorcio se decrete, sino en los efectos que produzca, respecto de cada uno de los cónyuges". (5)
En definitiva, el derecho no debe dejar de hacer el juicio de reproche al cónyuge culpable, a la vez que permitir al inocente neutralizar los efectos que debería soportar en razón del divorcio. Se cumple así con el principio de justicia de dar a cada uno lo suyo.
Como expresé en un trabajo anterior, el derecho matrimonial no está concebido para mártires o héroes y, como se ha dicho, una legislación indiferente frente al culpable está exhibiendo a las claras que no lo mira con disfavor. (6)
b) Omisión de plazos para solicitar el divorcio unilateral
No hay ningún plazo previo que cumplir, a diferencia del ordenamiento actual que prevé tres años cumplidos desde la celebración del matrimonio para optar por la presentación conjunta, o igual plazo de cesación de la convivencia sin voluntad de volver a unirse para solicitar el divorcio objetivo del art. 214 inc. 2º, Cód. Civil.
Aun cuando los plazos puedan aparecer como excesivos y así se ha sostenido en algunos pronunciamientos y también por alguna doctrina, lo cierto es que si se quiere establecer un divorcio sin causa y con posibilidad de ser pedido por cualquiera de los cónyuges unilateralmente, no establecer plazos de reflexión o de duración del matrimonio, aunque sean mínimos, para solicitar el divorcio quita seriedad al matrimonio y constituye un verdadero repudio al otro cónyuge.
Además, la posibilidad de pedir un divorcio tal como se lo proyecta, aunque la pareja tenga hijos, sin que se provea la intervención de alguna institución de mediación familiar también refleja que se ha desvalorizado a la familia y su valor socializador.
c) Falta de formalización del conflicto
No cabe duda que cuando un matrimonio se disuelve es a causa de un conflicto que se ha desatado en la intimidad de la vida de los cónyuges. El divorcio es sólo su manifestación.
Aun cuando el conflicto no nazca necesariamente de la comisión de hechos ilícitos, lo cierto es que ese conflicto nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con o sin hijos, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial, de naturaleza ética que la unión matrimonial propone. (7)
La formalización del conflicto, a través el mutuo consentimiento, de causales subjetivas cuando las haya o de la demostración de la quiebra irremediable del matrimonio, permitirá paliar sus consecuencias sea mediante plazo de reflexión, separación de hecho o intervención de instituciones familiares.
Pues bien, en el régimen propuesto no se ha exteriorizado el conflicto, y por lo tanto no se resuelve el malestar que origina con las consecuencia psicológicas y sociales que ello implica, favoreciendo nuevamente al más fuerte de la relación y desprotegiendo al más débil.
Por otra parte, con ello no se logra la pacificación, pues el malestar se manifestará en alguna forma, sea en juicios de alimentos, tenencia y régimen de visitas de los hijos, juicios sobre la liquidación de los bienes gananciales o juicios de responsabilidad o lo que es peor en vías de hecho.
Repercusión social
En el divorcio unilateral y sin causa, en el cual los cónyuges pueden contraer matrimonio y a los pocos días tener la posibilidad de disolverlo, la repercusión social resulta indudable en cuanto a la valoración de la familia matrimonial. Se disminuye lo que se ha dado en llamar el valor de la señal, es decir que significa contraer matrimonio y que cabe esperar de esa institución.
Por ejemplo, para valorizar el valor de la señal en algunos estados norteamericanos como Arkansas, Louisiana y Arizona se han introducido alianzas que representan un compromiso mucho mayor que el contrato ordinario, compromiso formal donde los cónyuges aceptan el

matrimonio de por vida con salida en casos extremos como infidelidad, maltrato, abandono, comisión de delitos, etc., lo que fortalece la señal enviada al otro contrayente.
Ante tal desvalorización de la institución que nos presenta el nuevo Código se pierde la justificación de la intervención del Estado en la celebración del matrimonio y en su disolución, pues así como una persona hoy contrae matrimonio mañana puede deshacerlo sin más y a su sola voluntad.
Por otra parte, la necesaria regulación de los derechos de las uniones de hecho, que el proyecto recepciona, resulta también un elemento a tener en cuenta para fortalecer el matrimonio, regulándolo de una manera más rigurosa que ese régimen.
Asimismo, en una sociedad donde los valores se han trastocado y se hace hincapié en la crisis familiar, parecería que el nuevo régimen propuesto no resulta apto para superarla. Por el contrario, se vacía al matrimonio de contenido simbólico y se disminuye su estabilidad, elemento fundamental para el cumplimiento de sus funciones sociales.
4. La responsabilidad por las causas del divorcio y por el divorcio en sí
a) El Código Civil y Comercial
En los fundamentos de la Comisión se dice que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquéllos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona, se separa así lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.
En este sentido también quedaría derogado el plenario que admite el daño moral ocasionado por los hechos constitutivos de las causales de divorcio de la Cámara Civil en autos "G c. B. de G." del año 1994. (8)
Cabe advertir que de acuerdo a la Comisión redactora no resultaría indemnizable cualquier daño derivado de las relaciones familiares en concordancia con la desvalorización de los deberes matrimoniales. Tampoco se admitirían los daños producidos por el divorcio en sí mismo.
Según los fundamentos de la citada Comisión relatora, tampoco en las prestaciones compensatorias importan las causas que llevaron a la disolución del matrimonio.
Así como en los alimentos su principal fundamento es el fin de asistencia, en las prestaciones compensatorias es el indemnizatorio, pues éstas son a favor del cónyuge a quien el divorcio ha producido un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica.
El propuesto art. 441 establece la compensación económica disponiendo "que el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura tiene derecho a una compensación...".
De acuerdo al art. 442 el Juez deberá tener en cuenta para la procedencia de la compensación y determinar su monto circunstancias de carácter estrictamente objetivo, sin tener que valorar la conducta desplegada por los cónyuges durante el matrimonio, ni las que llevaron a la disolución.
Tampoco en esta materia se han receptado causas subjetivas que el juez pueda valorar para otorgar o negar las prestaciones compensatorias, como por ejemplo lo hace el derecho alemán. (9)
Asimismo, interpretando el art. 97 del Código español se ha sostenido que la pensión compensatoria prevista en esa norma no tiene en cuenta el incumplimiento de deberes conyugales. La pensión se concede cuando la separación o el divorcio producen un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Para su fijación, indica el Código español una serie de circunstancias entre las que no se contempla el incumplimiento de deberes conyugales. De allí que se haya señalado que la solución de la pensión compensatoria tiene una finalidad

claramente distinta de la posible acción de daños por el incumplimiento de deberes conyugales, con la que sería compatible. (10)
De tal manera, se ha afirmado, refiriéndose al derecho español, que podría darse el caso de que el cónyuge que tiene derecho a la pensión compensatoria hubiera incumplido sus deberes conyugales y que no obstante mantuviera derecho a la pensión si se da el desequilibrio económico, sin que por su parte el cónyuge deudor tuviera una acción de daños y perjuicios si no se reconoce la reparación de los daños producidos por incumplimiento de los deberes matrimoniales. (11)
Tales consideraciones resultan relevantes pues la ley española es la fuente de la reforma en esta materia. Tal es así, que ya se ha sostenido en algún trabajo doctrinario en nuestro país que la reforma se propone adoptar la doctrina restrictiva en materia de responsabilidad en el sentido de que fuera de los casos en los que la conducta de un cónyuge sea constituida de delito o lesione un derecho fundamental del otro, el incumplimiento de los deberes conyugales no es indemnizable, receptando la interpretación de la doctrina española, reforzada por la prácticamente desaparición de los deberes matrimoniales en el Proyecto. (12)
b) Algunos ejemplos en la legislación comparada
Derecho francés
En Francia, la doctrina y jurisprudencia más reciente considera resarcibles los daños causados por la violación de deberes conyugales al amparo del art. 1384 del Código Civil. A pesar de la despenalización del adulterio no se ha negado la reparación del daño causado por infidelidad, así como por el incumplimiento de otros deberes conyugales. Actualmente el art. 212 dispone que los esposos se deben mutuamente respeto, fidelidad, socorro y asistencia y se obligan mutuamente a una comunidad de vida (art. 215 que equivale al deber de vivir juntos).
A pesar de que se ha planteado, después de la despenalización del adulterio y considerando la evolución del derecho de familia, que el incumplimiento del deber de fidelidad sólo merecería una sanción moral, no obstante la doctrina mayoritaria sigue considerando la opción de reclamar los daños causados por el incumplimiento de este deber de acuerdo al art. 1382, aunque limitando la responsabilidad del tercero.
La aplicación del art. 1382 se coordina con el art. 266 que dispone que el cónyuge que obtenga el divorcio por culpa exclusiva de su consorte puede pedir una indemnización de daños y perjuicios para reparar las consecuencias graves que sufre por la disolución del matrimonio. Se considera que el art. 266 repara los daños sufridos por la disolución del matrimonio mientras el 1382 repara el daño causado por el incumplimiento de los deberes conyugales. (13)
Derecho italiano
La doctrina también disiente en Italia respecto de la responsabilidad de los cónyuges. En general, se ha sostenido que el mero incumplimiento del deber conyugal no basta para que pueda exigirse la reparación del daño, sino que es necesario que ese incumplimiento haya ocasionado un daño ilícito; es decir, no basta la infracción de un deber matrimonial sino que es necesario que de la misma se derive un daño a un interés jurídico protegido, que se hace coincidir con los derechos fundamentales de la persona, garantizados constitucionalmente. (14)
La mayoría de la doctrina y jurisprudencia sostiene la aplicación del art. 2043 del Código Civil italiano, y en relación al incumplimiento del deber de fidelidad se sostiene que en sí mismo no es fuente de responsabilidad extracontractual frente al otro cónyuge sino que es necesario que se hayan lesionado intereses dignos de tutela como la salud física o psíquica, la integridad moral, la dignidad, el honor, etc.
En cuanto a la ruptura del vínculo el daño que pueda experimentar el cónyuge no es indemnizable porque cada cónyuge tiene derecho a poner fin al matrimonio. (15)
Derecho alemán

El art. 1353 sólo establece en materia de deberes matrimoniales que los cónyuges están recíprocamente obligados a vivir en comunidad conyugal. Respecto de las consecuencias del incumplimiento del deber de fidelidad, la doctrina y la jurisprudencia consideran no procedente el resarcimiento del daño por violación de deberes conyugales, porque sus efectos quedan regulados por el derecho de familia, desplazando a las reglas generales.
De todas maneras, también se sostiene que si la acción que vulnere un deber conyugal al mismo tiempo lesiona culpablemente al otro cónyuge, de acuerdo al art. 823 BGB (como su cuerpo o su salud) entonces habrá que reparar el daño causado. (16)
Algunos autores entienden que el derecho de familia es incompleto y no se opone al derecho de daños, con lo que debe repararse la lesión de derechos generales de la personalidad. (17)
Derecho español
En el derecho español actual que admite el divorcio y las prestaciones compensatorias sin valoración de culpa se triplicaron las acciones de daños derivadas de las conductas matrimoniales, aunque la doctrina y la jurisprudencia tiende a limitarlas solo a los casos en lo cuales se haya violado un derecho fundamental, por ejemplo a amenazas contra la vida, la integridad física, el honor del cónyuge, impidiendo que entre por este camino la valoración de la culpa en la conducta matrimonial.
En esta posición se ha dicho que no puede enfocarse el tema sólo desde la perspectiva del dañado, sino que hay que valorar también si la actuación del otro responde al ejercicio de un derecho que merece igual protección, pues en tal caso, no se le puede imputar ninguna responsabilidad. En las relaciones conyugales en las que ninguna de las partes ostenta potestad sobre el otro ni derecho o deber que el otro a su vez no tenga; en consecuencia, los deberes recíprocos que se les imponen deben enfocarse desde otra perspectiva, sin olvidar que las partes pueden salir de la relación en cualquier momento y sin necesidad de causa alguna. (18)
Se agrega que no se trata de rechazar la entrada del derecho de daños en las relaciones conyugales, sino de acotar el camino para evitar que cualquier incumplimiento de un deber conyugal pudiera ser considerado causa suficiente para reclamar un daño. Hay que partir de la base de que las reglas del derecho de familia y las reglas de la responsabilidad civil operan sobre planos diversos y tienen finalidades diversas y el hecho que no se excluyan mutuamente no quiere decir que pueda hacerse una aplicación de estas últimas, sin más, al incumplimiento de deberes conyugales, sino que parece necesario someter el resarcimiento a algún tipo de "filtro", porque no todo y cualquier incumplimiento de un deber conyugal puede ser fuente de responsabilidad. (19)
En este sentido se ha concluido que la tendencia del derecho de familia no va en la línea de exigir el cumplimiento de deberes conyugales y sancionar su incumplimiento, de donde se sigue que sólo en aquellos casos en los que la conducta de un cónyuge merezca el reproche penal o resulte lesiva de derechos fundamentales del otro entre a jugar la reparación del daño. (20)
c) Nuestra opinión
En principio debo destacar que no puedo más que coincidir en la aplicación de las normas del derecho de daños a las relaciones familiares. En este sentido, todo daño debe ser reparado; por ello, cuando se lo acredita, incluso el daño moral al otro cónyuge, éste debe ser indemnizado. Por ello, disiento con las posiciones que se vienen imponiendo en el derecho español en el sentido "que es necesario someter el resarcimiento a algún tipo de filtro porque no todo incumplimiento de un deber conyugal puede ser fuente de responsabilidad", limitándolo al daño a los derechos fundamentales de la persona o al que merezca una sanción penal.
Me pregunto, aun en el caso del deber fidelidad, el más discutido en la legislación comparada en cuanto a la reparación de su incumplimiento, ¿cuando se acredita el daño moral producido

al consorte no se ha violado la prohibición de no dañar y por ende un derecho fundamental de la persona?
Por otra parte se dice para excluir el resarcimiento que los esposos pueden salir de la relación matrimonial en cualquier momento sin necesidad de causa, por lo que hay que enfocar el tema no solamente desde la persona dañada sino desde el otro cónyuge cuyo derecho merece igual protección.
Me pregunto, ¿con esa posición no se está proponiendo la libertad sin responsabilidad por los actos propios? A la vez, ¿puede sostenerse que el dañador y dañado tienen los mismos derechos a proteger por la ley? Evidentemente no.
No dudo que el derecho debe proteger al dañado con el fin de reparar el daño que sufriera, pues de lo contrario, reitero, se desconoce un principio general del derecho, la prohibición de no dañar y fundamentalmente el de dar a cada uno lo suyo.
A esta altura, cabe hacer referencia a los cambios en el derecho de la responsabilidad civil, el primero la consolidación de nuevos criterios de imputación objetiva de responsabilidad junto a la cláusula general de responsabilidad por culpa. El segundo, el aporte específico y significativo en especial desde el punto de vista de tutela de la persona como es el tratamiento del daño a la persona. (21)
La mirada de los juristas esta centrada en la actualidad primordialmente en reparar las consecuencias del daño ocasionado a la víctima que perseguir al dañador. El haberse reconocido la centralidad de la persona humana en tanto sujeto de derecho permite percibir, en nuestros días, que lo que interesa existencial y jurídicamente no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño, o de otros factores o criterios de atribución sino, más bien, atender a la magnitud de las consecuencias del daño ocasionado a la persona, ya sea en su unidad psicosomática o en su libertad fenoménica o "proyecto de vida" daño injusto del cual ha sido víctima. La finalidad de este enfoque centrado en el ser humano esta dirigido a que no se lo prive de una adecuada y oportuna indemnización por el daño injusto del cual ha sido víctima. (22)
Por otra parte, en la legislación ya promulgada, no podría concluirse como lo hace la doctrina española. Obsérvese que en Capítulo I, sobre responsabilidad civil, Sección tercera referida a la función resarcitoria, el art. 1717 define antijuricidad como cualquier acción u omisión que causa un daño a otro, mientras que en la Sección cuarta, en la propuesta sobre el daño resarcible el art. 1737 lo define como aquél que lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, siguiendo en este aspecto el moderno derecho de daños.
En virtud de estas normas del nuevo Código no me cabe duda que podría indemnizarse cualquier daño derivado de inconductas matrimoniales, inclusive el derivado de la infidelidad, sin perjuicio de las normas del régimen de divorcio sin causa.
En este sentido también Medina ha acudido, en interpretación a la que adherimos, al art. 36 de la ley 26.485 que establece que la víctima de violencia puede pedir la reparación civil de los daños y perjuicios ocasionados y al art. 5 de esa ley que define la violencia de manera amplia, no solo incluye la violencia física sino también la moral, la económica, la psicológica, hasta por ejemplo el abandono, el insulto, la indiferencia, la humillación, el descrédito, los celos excesivos, etc.
De allí que todo daño debe ser reparado, por lo que no se entiende que en materia matrimonial se los limite, por ejemplo a los actos que merecen sanción penal o afecten derechos fundamentales, como la vida o el honor, cuando cualquier daño acreditado merece protección legal, inclusive el daño moral, aun cuando se vincule con inconductas de uno de los esposos llevadas a cabo durante el matrimonio.
Como hemos visto en la legislación comparada, aun cuando se admite el divorcio sin causa, en la mayoría se mantienen los deberes matrimoniales y la sanción al culpable aparece en la

valoración de las prestaciones compensatorias o en la responsabilidad por el daño causado por los incumplimientos de aquellos deberes matrimoniales.

5. Conclusiones finales

Lo primero que se advierte en la reciente codificación es la contradicción entre el vaciamiento de los deberes matrimoniales y borrar la culpa de las relaciones matrimoniales, con el mantenimiento de las formalidades y consecuente intervención del Estado en la celebración de las nupcias. Esto último, a mi criterio está indicando que socialmente la reforma no se presenta como la culminación de un reclamo social. Por el contrario, normalmente el acto matrimonial se celebra en el Registro Civil con familiares y amigos y se muestra en las fotos la libreta respectiva; lo que está indicando la importancia que todavía tiene como símbolo el matrimonio en la sociedad argentina.

Si se mantiene la institución matrimonial resulta contradictorio vaciarla de contenido de deberes para impulsar sólo el reconocimiento de la libertad a hacer lo que se quiere y cuando se quiere y desconociendo el compromiso que el derecho debe impulsar.

En la actual sociedad de consumo que se ha caracterizado como líquida (23), precisamente se pone en crisis el compromiso y la consiguiente responsabilidad. Como se ha dicho para la pareja moderna el problema es precisamente cómo proteger las relaciones familiares para que no sucumban a los comportamientos de corto plazo, a la mentalidad de la inmediatez y, sobre todo, al débil grado de lealtad y compromiso que la caracterizan. (24)

Ya lo advertía Durkheim que el desmantelamiento o debilitamiento de las restricciones socialmente impuestas no redundaría en un incremento de la libertad individual, sino que profundizaría la vulnerabilidad, la indefensión y la esclavización a los instintos en cada individuo: en la medida en que los seres humanos "viven como egoístas", entregándose plácidamente a su deseo de gratificación instantánea ya los fugaces placeres de los sentidos, gana terreno su propensión a autodestruirse.

Se trata en lo que en la anticipación de Lacan es el otro que no existe. Entonces, se plantea la pregunta si se puede hablar hoy de una gran neurosis contemporánea. De hacerlo, se diría que su determinación principal es la inexistencia del otro, que condena al sujeto a la caza del plus de gozar. (25)

Reconozco que la libertad nos constituye como seres humanos, y se caracteriza como la capacidad del hombre para decidir por sí mismo. Pero en la sociedad consumista líquida o en lo que se ha dado en llamar el capitalismo tardío (26), precisamente esa capacidad de decisión esta dirigida por la lógica binaria o digital.

En este aspecto se ha caracterizado al hombre actual como máquina deseante. Riesman señala las consecuencias del consumo y los medios de comunicación de masas como dos valores fundamentales que afectaron la sociabilidad y las formas de autoconstrucción de la persona y que cataloga en su tipología como hombre radar o dirigido desde los otros. (27)

En definitiva, al hombre actual cuya esencia es la libertad frecuentemente le resulta insoportable asumir sus propias culpas olvidando que la libertad es responsabilidad. (28)

Todo ello permite preguntarse si resulta beneficioso el vaciamiento de la culpa en las relaciones matrimoniales o por el contrario tiende a exacerbar la consagración del deseo y la falta de compromiso, o sea la pulsión de muerte y autodestrucción del hombre.

Por otra parte, como ya dije no se formaliza el conflicto y al no ponerlo en palabra se olvida al más débil de la relación y no se lo alivia, con la repercusión individual y social que ello implica.

Por último, entiendo que en tiempos de cambios constantes deben flexibilizarse las soluciones; pero, como se ha advertido en la legislación comparada más moderna, no hasta el punto de vaciar de contenido al matrimonio.

(1) (1) BELLUSCIO, Augusto César, El matrimonio en el Proyecto de reformas. Revista de Derecho privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial, I, 2012-2.

(2) (2) Corte Suprema de Justicia, S., J. B. c. Z. de S., A. M. s. inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393, nov. 27-1986, Fallos 308:2268.

(3) (3) MÉNDEZ DE SMITH, Elisa, Las ideologías y el derecho. Astrea, p. 150. Cabe advertir que los efectos de la separación personal y el divorcio son idénticos salvo en lo que se refiere a la aptitud para contraer nuevo matrimonio, Además en el derecho actual la separación personal puede siempre convertirse en divorcio, sea a pedido de ambos cónyuges o de solo uno de ellos, en este último caso el plazo es mayor. Véase en este sentido ZANNONI, Eduardo. El divorcio vincular en la Argentina, Astrea, 1983, p. 44 y ss.

(4) (4) HERNÁNDEZ, Lidia B. OCAMPO, Carlo G. y UGARTE, Luis A. Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, diario La Ley 30 de mayo de 2012.

(5) (5) ZANNONI, Eduardo, El divorcio vincular en la Argentina, p. 70. CNCiv. Sala K, junio 27-2008, expediente 67092/05.

(6) (6) MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. La separación personal, el divorcio y la reparación de los daños morales, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 9, p. 26.

(7) (7) ZANNONI El divorcio vincular en la Argentina, p. 54.

(8) (8) C.N.Civ., en pleno, 20.9.94, JA 1994-IV-549, LL 1994-E-538, ED 160-162.

(9) (9) El art. 1579 del Código alemán dice que "El reclamo de mantenimiento debe ser denegado, reducido o limitado en el tiempo si dicha imposición fuere gravemente inequitativa porque:.. 2) el beneficiario es culpable de un delito o de ofensa grave e intencional contra el obligado o alguno de sus parientes cercanos; 3) el beneficiario ha causado su propia necesidad intencionalmente o por culpa; 4) el beneficiario ha descuidado intencionalmente o por culpa intereses financieros significativos del obligado, 5) el beneficiario ha violado gravemente durante un periodo considerable anterior a la separación, su deber de contribuir al sostenimiento de la familia; 6) el beneficiario es unilateralmente responsable de inconducta evidentemente grave contra el obligado.

(10) (10) VARGAS ARAVENA, Daños civiles en el matrimonio, p. 169/170, La Ley Madrid 2009, 124.

(11) (11) DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español, p. 5, Diario La Ley de España n° 6676, del 21 de marzo 2007, La Ley 1163/2007. La autora conjuntamente con los Dres. Ocampo y Uriarte presentó una ponencia en las últimas jornadas de derecho civil en el sentido que el Juez debe valorar la conducta matrimonial para conceder o negar las prestaciones compensatorias.

(12) (12) FAMÁ, Victoria, Jurisprudencia española. La reparación por daños y perjuicios frente al divorcio incausado, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Julio 2013, número 60, p. 321. Dice la autora que de aceptarse la postura permeable a la reparación pecuniaria por el incumplimiento de los deberes conyugales se correría el grave riesgo de reintroducir en el ordenamiento el sistema del divorcio sanción contrario a la letra y espíritu de la ley (propuesta).

(13) (13) MALAURIE, P. Droit civil. La famille, Paris 2006, p. 575; PHILIPPE, C. Ldevoir de secours et d'assistance entre epoux. Essai sur l'entraide conjugale. Paris 1981, p. 288.

(14) (14) FERRANDO, G. La crisi conjugale tra rimedi tradizionali e responsabilitá civile, en Rapport familiari e responsabilitá civile, Torin. 2004, p. 2.

(15) (15) SESTA, M. Diritto di Famiglia, Padova 2005, p. 122.

(16) (16) SCHLÜTTER, W. BGB — Familieenrecht, 2009, p. 43.

(17) (17) ALGARRA PRATS, E. Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil, en La responsabilidad civil en las relaciones familiares, coord. por MORENO MARTÍNEZ, J.A. ISBN 978-84-9031-149-3. España, año 2012, p. 21.

(18) (18) ALGARRA PRATS, E. ob.cit. p. 27 y ss.

(19) (19) ALGARRA PRATS, E. ob.cit. p. 51 y ss.

(20) (20) ALGARRA PRATS E. ob.cit. p. 50.

(21) (21) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos El daño moral, diario La Ley del 21 de julio de 2014, con cita de WOOLCOTT, Olenka, La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona. Los dos cambios más profundos en el sistema peruano de la responsabilidad civil, en Persona, derecho y libertad. Escritos en homenaje al profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO. Editora Jurídica. Lima 2009, p. 378.

(22) (22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, El daño moral, diario La Ley 21 de julio de 2014.

(23) (23) BAUMAN, ZYGMUNT Y DESSAL Gustavo, El retorno del péndulo. Sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido, p. 44, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2014.

(24) (24) SENNETT, R. La corrosión de carácter. Barcelona. Anagrama, 2000, p. 24 y ss.

(25) (25) Jacques-Alain MILLER, en El otro que no existe y sus comités de ética". Seminario en colaboración con Érica Laurente, Paidós, Buenos Aires, 2005, p. 19.

(26) (26) HALPERIN, Marcelo, Socialización y compulsión sistémica en l capitalismo tardío. Una referencia latinoamericana. Abril 2012, publicado en su página Web, siguiendo a Jürgen HABERMAS, Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Madrid 1999.

(27) (27) Gilles DELEUZE y Félix GUATTERI en El Anti Edipo. Capitalismo y esquizofrenia, Paidós. Buenos Aires 2010, se caracteriza al hombre actual como máquina deseante. RIESMAN, David, La muchedumbre solitaria, Paidós. Buenos Aires 1981.

(28) (28) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob.cit. lugar citado.