

DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADOS DEL DIVORCIO.
(DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN ARGENTINA)

DAMAGES RESULTING FROM DIVORCE
(DOCTRINE AND JURISPRUDENCE IN ARGENTINA)

PERDAS E DANOS DERIVADOS
DO DIVÓRCIO
(DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NA ARGENTINA)

*Silvia Y. Tanzi**
*Juan M. Papillú***

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la evolución doctrinaria y jurisprudencial en Argentina respecto de la reparación de los daños derivados del divorcio. Tradicionalmente, se consideraba que el Derecho de Familia era impermeable a las normas del Derecho de Daños. Sin embargo, en los últimos años se abre paso una nueva hermenéutica por la cual se hace aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil a los perjuicios derivados de las relaciones de familia y, de manera especial, a aquéllos derivados del divorcio.

135

* Juez nacional en lo civil, profesora adjunta regular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, docente del posgrado de Derecho de Daños de la Universidad de Buenos Aires, profesora asociada de Derecho Civil II de la Universidad Católica de Santiago del Estero, ex docente de Derecho Civil de la Universidad del Museo Social Argentino, de la Universidad Católica Argentina, de la Universidad de Palermo, de la Universidad de Belgrano. Dirección postal: Uruguay 714 2° piso. Juzgado Civil N° 51, Capital Federal (CP 1015 ABP) Argentina. Correo electrónico: silviantanzi@yahoo.com.ar

** Abogado, docente de la Universidad de Buenos Aires, docente invitado al posgrado "Carrera de especialización en Derecho de Familia", en el curso "Teoría general del Derecho de Daños para operadores del derecho de familia y sucesorio" del departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dirección postal: Paso 490 7° "I". Capital Federal (CP 1031 ABJ). Artículo recibido el 3 de octubre de 2010 y aceptado para su publicación el 18 de noviembre de 2010. Correo electrónico: jmpapillu2001@yahoo.com.ar

Se tendrá en cuenta la evolución jurisprudencial, doctrinaria y los proyectos de reforma del *Código Civil*, y las distintas soluciones propuestas para amalgamar las particulares características de las relaciones de familia y del Derecho de Familia, y los cambios operados en el marco del moderno Derecho de Daños.

Se aborda el estudio de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, de la órbita (contractual o extracontractual) aplicable y se reseñará la jurisprudencia destacada en la materia.

Palabras claves: divorcio, daños y perjuicios, daño moral, antijuridicidad, factores de imputación, legitimados.

ABSTRACT

This paper seeks to examine the scholarly and jurisprudential developments in Argentina concerning compensation for damages caused by divorce. Traditionally, Family Law was deemed impervious to the rules of tort. However, in recent years a new hermeneutic has appeared which applies the general principles of civil liability to damages arising from family relationships, and especially the losses caused by divorce.

The paper takes into account developments in case law, scholarly writing and reforms to the *Civil Code* and the various solutions proposed to amalgamate the particular characteristics of family relations and family law, and the changes in the framework of modern law of damages.

The paper addresses each option for liability (in contract or tort) and notes applicable jurisprudence.

Keywords: Divorce, damages, moral damages, illegality, allocation factors, heirs.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução doutrinária e jurisprudencial na Argentina com respeito à reparação das perdas e danos derivados do divórcio. Tradicionalmente, considerava-se que o Direito de Família era impermeável às normas do Direito de Perdas e Danos. No entanto, nos últimos anos se abriu passo uma nova hermenêutica pela qual se faz aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil às perdas e danos derivados das relações de família, e respectivamente às perdas e danos derivados do divórcio.

Teremos em conta a evolução jurisprudencial, doutrinaria e os projetos de reforma do *Código Civil*, e as distintas soluções propostas para amalgamar as particulares características das relações de família e do Direito de Família, e as mudanças operadas no marco do moderno Direito de Perdas e Danos.

Aborda-se o estudo de cada um dos princípios da responsabilidade civil, da órbita (contratual ou extracontratual) aplacável e se resenhará a jurisprudência destacada na matéria.

Palavras chaves: divórcio, perdas e danos, perda moral, antijuridicidade, fatores de imputação, legitimados.

I. NOCIONES GENERALES

1. Introducción

El Derecho de Familia y la responsabilidad civil tradicionalmente han recorrido caminos diversos. Se consideraba que aquél conformaba un sistema normativo autónomo y que era impermeable por los preceptos del Derecho de Daños. Se hacía aplicación casi absoluta del principio de inmunidad familiar, en razón del cual las acciones de responsabilidad civil no cabrían entre familiares –en especial entre los cónyuges¹.

Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia y la doctrina han abierto paso a una nueva hermenéutica. De este modo, se hace aplicación del Derecho de Daños a diversas situaciones dañosas que se derivan de las relaciones de familia.

En Argentina se trata de una temática que se ha abordado a partir de la resolución de casos jurisprudenciales², y del análisis doctrinario³, ya que no existe una normativa general sobre la cuestión⁴. Estas controversias se

¹ Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, p. 858.

² Cámara Primera Civil y Comercial de La Plata, sala 2ª, 7 de abril de 1983, en *JA*, tomo III, Buenos Aires, 1983, p. 623 (con el voto de Juan C. Rezzonico).

³ Juan C. RÉBORA, “El daño moral”, en *JA*, sección doctrina, Buenos Aires, p. 100; Acdeel SALAS, “Indemnización de los daños derivados del divorcio”, en *JA*, tomo II, Buenos Aires, 1942, p. 1.011; Leonardo COLOMBO, “Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”, en *LL*, N° 89, Buenos Aires, p. 708; Arturo ACUÑA ANZORENA, “Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio”, en *LL*, N° 27, Buenos Aires, p. 212; Elías P. GUASTAVINO, Augusto C. BELLUSCIO, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, en *LL*, N° 105, Buenos Aires, p. 1.041; Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 381.

⁴ María J. MÉNDEZ COSTA, “Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”, en Félix TRIGO REPESAS y RUBÉN STIGLITZ (dirs.), *Derecho de Daños en homenaje a*

resolvían a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil, lo que acontece aún en la actualidad⁵. Sin embargo, debe destacarse que los proyectos de reforma del *Código Civil* para la República Argentina de 1998 ha contemplado específicamente esta problemática y la ha regulado con carácter general.

Sin embargo, debe destacarse que la doctrina y jurisprudencia no es uniforme en torno a la cuestión, y se advierten diversas opiniones no sólo en cuanto a la reparación o no de los daños derivados de las relaciones de familia sino, también, que se discrepa –entre quienes admiten estas indemnizaciones– respecto del factor de atribución (por ejemplo: culpa, culpa grave o dolo, equidad), la extensión del resarcimiento (por ejemplo: daños derivados de los hechos que motivaron el divorcio, daños derivados del divorcio en sí mismo o ambos), el ámbito de la responsabilidad –por ejemplo, contractual o extracontractual–, etcétera.

En este contexto, se indaga respecto de los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento de hijo, de la violencia familiar, la ruptura de esponsales, concubinato y noviazgo, de la transmisión de enfermedades y respecto de los daños producidos en la gestación –por ejemplo, daños causados por la madre alcoholizada que conduce un automóvil y que sufre un accidente con consecuencias dañosas para el feto–.

138

En este trabajo nos referiremos a los daños vinculados al divorcio. Para ello, abordaremos el análisis de las distintas posturas que se han esbozados, a favor y en contra, en la doctrina y jurisprudencia argentinas (especialmente respecto de esta última a partir de la década de 1980).

2. La tesis en contra

Para oponerse a la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia se ha argumentado:

Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, primera parte, p. 649; Graciela MEDINA, *Daños en el Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 15; Marina MARIANI DE VIDAL, “Comentario al plenario G., G.G. c. B. de G., S.M.”, en *La Ley* on line.

⁵ Así, tiene dicho la jurisprudencia que: “aun cuando se sostenga la improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas, tal limitación no es absoluta dado que cuando el accionar de uno de los cónyuges provoca una lesión o menoscabo a los llamados derechos a la personalidad, el estado conyugal no servirá de soporte para convalidar la perpetración de delitos o cuasidelitos. En esos supuestos específicos, los cónyuges no son convocados al proceso como tales, sino como víctima y victimario. De ahí que, quedando desplazado el derecho matrimonial, adquieren particular relieve las normas de responsabilidad civil que serán plenamente aplicables con o sin sentencia de divorcio”, CNCiv., sala B, 28 de abril de 2006, “B., O.J. c/ C., L.A F. s/ Dano moral”, Lexis N° 10/9945.

En igual sentido se ha sostenido C. Civ. y Com. San Nicolás, 4 de septiembre de 2003, “F.M.B. c/ M.M.A. s/ Divorcio vincular. Disolución de la sociedad conyugal. Daños y perjuicios”, Lexis N° 14/132384.

- a) En el ámbito de las relaciones de familia rige la autoridad del *pater*, y se considera inviable la intervención del Estado en tales vínculos. La autoridad patriarcal o marital era casi absoluta y de tal modo era impropio concebir la reparación de los daños provocados entre los integrantes de una familia.
Se privilegiaba la estructura familiar por sobre la reparación de los daños injustos.
- b) En el Derecho de Familia rige el principio de especialidad.
- c) No existen normas generales en el Derecho de Familia respecto de la reparación de los daños. Por otro lado, cuando el legislador ha querido reconocer tal posibilidad expresamente ha establecido el derecho a la reparación (*v.gr.*, art. 225 del *CC*)⁶.
- d) Reparar los daños derivados de las relaciones de familia puede atentar contra la armonía y estabilidad de las mismas.

3. *La tesis a favor*

Quienes sostienen la tesis que admite la reparación de los daños derivados de las relaciones de familia han expuesto distintos argumentos, muchos de los cuales son una expresa respuesta a los expuestos anteriormente. En este sentido se ha dicho:

- a) El Derecho de Familia ha evolucionado de manera vertiginosa en los últimos años. Debe destacarse que la concepción de la familia como una estructura jerarquizada ha sido relegada, y se abre paso una concepción igualitaria entre sus miembros. En este contexto se reconoce la autonomía de cada uno de los integrantes de la familia. Así, por ejemplo, en principio, los cónyuges podrán contratar entre sí, salvo que les estuviera prohibido.

También se abandona la concepción de que entre los esposos existe identidad y, por ende, uno no responde por los daños que causa al otro, ya que no existe responsabilidad por los daños que uno se causa a sí mismo. En efecto, hoy se los concibe como seres independientes e iguales⁷.

En definitiva, se abandona la idea que privilegiaba la estructura familiar por sobre la reparación de los daños injustos. Se trata de

⁶ Dice el art. 225 del *CC*: “El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia”.

⁷ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés)”, en Félix TRIGO REPRESAS y RUBÉN STIGLITZ (dirs.), *Derecho de Daños en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, primera parte, p. 665 y ss.

- dos valores que deben ser protegidos de manera armónica y sistemática, de allí las dificultades que plantea esta problemática.
- b) El Derecho de Familia no se basta a sí mismo. De este modo, es inviable que estas normas se opongan a la aplicación de las del Derecho de Daños, que tienen jerarquía constitucional (*v.gr.*: art. 19 CN). Se destaca la del principio general de no dañar por sobre la estabilidad familiar y su estructura vertical y jerárquica.
 - c) El Derecho de Daños es parte integrante del Derecho Civil al cual también pertenece el Derecho de Familia⁸.
 - d) El derecho a la integridad física y síquica está por encima de la estabilidad familiar⁹.
 - e) El Derecho de Familia no es un ámbito inmune a la aplicación de las normas del Derecho de Daños.
 - f) La responsabilidad civil ya no es concebida como una sanción que se aplica al autor de un daño, sino como un mecanismo de reparación del daño injustamente sufrido.

Éstas son las observaciones básicas que se realizan respecto de la aplicación o no de las normas del Derecho de Daños respecto de los perjuicios que derivan de las relaciones de familia. Sin embargo, en cada supuesto en particular (divorcio, falta de reconocimiento de hijo, ruptura de esposables, noviazgo o concubinato) se han expuesto argumentos específicos a los cuales nos referiremos más adelante.

140

II. DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

1. Evolución

Tradicionalmente se consideraba que el Derecho de Familia tenía una regulación autónoma, y que por ello era inviable aplicar las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia. En este contexto, el matrimonio devenía en un espacio donde quedaban impunes los daños causados entre sus integrantes. Era un sitio donde se podía herir e injuriar de manera gratuita¹⁰.

El principio de la inmunidad familiar se imponía por sobre la reparación de los daños injustos. Ello porque se consideraba que la aplicación de las normas del Derecho de Daños a las estructuras familiares podía entorpecer estas relaciones.

⁸ C. Civ. y Com. San Nicolás, 4 de septiembre de 2003 (n. 5).

⁹ Julio César RIVERA, "Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio", en *JÁ*, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 576.

¹⁰ MEDINA (n. 6), p. 46.

En el *Código Civil* de Vélez, en la ley N° 2.393 ni en la ley N° 23.515 existe una regulación específica sobre los daños derivados del divorcio, a diferencia de lo que sucede con los perjuicios derivados de la anulación del matrimonio (conf. art. 225 del *CC*).

Sin embargo, debe destacarse que las opiniones en la materia no eran uniformes.

Las opiniones jurisprudenciales pueden esquematizarse del siguiente modo¹¹:

- a) Se rechazaban las demandas por daños y perjuicios con fundamento en la ausencia o insuficiencia de prueba, pero en las cuales se desarrollan argumentos que hubieran conducido a la misma solución.
- b) Otros rechazaron las demandas por ausencia o insuficiencia de prueba, aunque se exponían argumentos en razón de los cuales se hubiera hecho lugar al reclamo de haber acreditado los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.
- c) Sentencias que condenaron a resarcir los daños.

En la década de 1980, se advierte en la jurisprudencia argentina un cambio de concepción y se comienza a admitir la reparación de los daños

¹¹ MENDEZ COSTA (n. 4), pp. 638; Graciela MEDINA, “Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario)”, en *JA*, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 837.

La Cámara Nac. Civ. 2ª de la Capital Federal, que en el año 1942, no hizo lugar a una demanda de indemnización de daños y perjuicios planteada contra el pretendido cómplice del adulterio con la esposa, fundado en que no se había acreditado, ni el adulterio invocado, ni la relación de causalidad con los daños, ni los daños (*JA*, tomo II, Buenos Aires, 1942, p. 1.011; *LL*, N° 27, Buenos Aires, p. 212).

En el año 1957 Guillermo Borda como juez de 1ª instancia desestimó la demanda de daños y perjuicios derivados del divorcio argumentando que, si bien existía ilícito por el adulterio, la acción con la cual se pretende lucrar con la deshonra es contraria a la moral (*LL*, N° 89, Buenos Aires, p. 708).

La C. 2ª de Apels. Civ. y Com. de la Plata en el año 1983 condenó a la mujer al pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados al marido por su adulterio cometido en circunstancias particularmente afrentosas (la mujer recibía diversos hombres dentro del hogar conyugal). Es de destacar que este precedente admitió el daño moral, pero no el material consistente en “los mil quehaceres del hogar que habían quedado en manos del padre”. (*LL*, vol. C, Buenos Aires, 1983, p. 350).

Un precedente importante está dado por la Cámara 2ª Civ. y Com. de La Plata que en el año 1986 señaló que el hecho ilícito, aunque cause un daño no basta por sí solo para habilitar la acción de daños y perjuicios al amparo de la regla general de no dañar a otro que subyace en el art. 1109 del *CC*. O sea, que las normas que rigen la responsabilidad extracontractual no tienen carácter complementario, esto es, no pueden ser utilizadas por el intérprete para dar perfección o acabamiento a una regulación jurídica, cuando consta la voluntad cierta del legislador de excluir la acción de daños y perjuicios... la ley N° 2.393 excluye toda posibilidad de reclamar indemnización a raíz del divorcio (*LL*, vol. E, Buenos Aires, 1986, p. 589).

derivados del divorcio. Dice María J. Méndez Costa¹² que del ordenamiento cronológico se desprende con claridad que a partir de 1942 se advierte una tendencia favorable a admitir el resarcimiento de tales daños, que la misma se afianza a partir de 1983, y que existe un cambio total de rumbo a partir de 1986. La prestigiosa autora destaca que se produce un decisivo giro de tuerca en 1988 en la primera sentencia que se dicta bajo el régimen de la ley N° 23.515.

Entre quienes aceptan la indemnización por los daños derivados del divorcio se discrepa respecto de la órbita de reparación (contractual o extracontractual), la extensión de la misma (indemnización de los hechos que motivaron el divorcio, o también las consecuencias dañosas que produce el divorcio), el factor de atribución (culpa, culpa grave o dolo) entre otras cuestiones.

2. Argumentos a favor y en contra de la reparación

- a) Argumentos en contra: quienes se oponen a la reparación de los daños derivados del divorcio sostienen¹³:
- Que tal reparación se encuentra vedada por el principio de especialidad del Derecho de Familia¹⁴.
 - Que no existe una norma similar a la contenida en el art. 225 del CC¹⁵, que admite la reparación de los daños derivados de la declaración de nulidad del matrimonio. Si el legislador tuvo la oportunidad de reformar la ley, y guardó silencio respecto de los daños derivados del divorcio es porque no quiso admitir tal posibilidad indemnizatoria. Cuando se quiso reconocer tal posibilidad se lo hizo expresamente.
 - Las sanciones sólo deben aplicarse en los casos en que específicamente se las recepta, y no son admisibles las aplicaciones por vía analógica.
 - No es indemnizable el error en la elección.
 - Admitir la posibilidad de indemnizar los daños derivados del divorcio permitiría una eventual fuga de los litigantes desde el

142

¹² Véase MÉNDEZ COSTA (n. 4), p. 640.

¹³ Voto de la minoría en CNCivil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, "G., G.G. c/ B. de G., S.", en *JA*, tomo, IV, Buenos Aires, 1994, p. 549.

¹⁴ Enrique DÍAZ DE GUIJARRO, "Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio", en *JA*, tomo III, Buenos Aires, p. 625.

¹⁵ Art. 225: "El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia" (conf. ley 23.515/87).

divorcio-remedio hacia el divorcio sanción, ya que las partes buscarían por todos los medios acreditar en un juicio contradictorio la culpa de su cónyuge para hacerse acreedor de la indemnización de los daños materiales y morales, eludiendo la vía del divorcio por presentación conjunta o causal objetiva (art. 214 del *CC*¹⁶).

– Sostiene Claudio Kiper¹⁷ que no es aconsejable abstraerse de la complejidad ínsita en toda trama familiar a los efectos de pronunciarse sobre la procedencia de un reclamo de daños y perjuicios, ni que se puedan aplicar las herramientas jurídicas en forma aislada del medio en que debe aplicárselas. Argumenta que a la luz de la dinámica familiar la noción de culpabilidad se debilita en gran medida, puesto que la interacción entre los cónyuges modifica en forma permanente cualquiera sea la forma en que éstos acuerden las pautas de comunicación. El fenómeno se produce siempre entre dos personas que, de tal forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son siempre responsables. Para que exista una relación disfuncional que provoque el fracaso de la convivencia es preciso que dos personas adopten posturas que imposibiliten el acaecimiento de tales hechos. En este orden, se argumenta que la generalidad de estos divorcios destructivos encuentra en el marco judicial un marco propicio para agudizar la pelea y para perpetrar en el tiempo su conflicto. Señala que no es funcional una interpretación del sistema legal que empuje a los litigantes más profundamente en la crisis en la que ya están sumidos. Así concluye que cuando el matrimonio fracasa irremediabilmente y deviene en un

143

¹⁶ Art. 214 del *CC*: “Son causas de divorcio vincular: 1° Las establecidas en el artículo 202; 2° La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204”.

¹⁷ Véase su voto en, CNCivil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, “G., G.G. c/ B. de G., S.”, en *JA*, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 549.

En este sentido, Néstor Solari sostiene: “La única vía posible, en nuestro sentir, es negar los daños y perjuicios en el divorcio, en el entendimiento que la ley contempla diversas sanciones específicas como consecuencia de los efectos señalados en el ordenamiento jurídico. Nosotros consideramos que las sanciones previstas en la ley de matrimonio civil respecto al inocente-culpable, no es otra cosa que la versión de los daños y perjuicios en el derecho de familia. Es decir, no implica sino una sanción entre cónyuges derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales”, en “El daño moral en el divorcio”, en *LLNOA*, septiembre 2006, p. 901.

Por su parte, María Victoria Famá y Andrés Gil Domínguez sostienen: “los múltiples motivos que derivan en la situación de ruptura suponen un conglomerado infinito en el campo de las relaciones humanas. Es posible para el derecho determinar al culpable dentro del campo normativo, pero ¿es viable haberlo en el campo de los afectos?”, en “Divorcio y daño moral: una mirada constitucional”, en *LL*, Buenos Aires, 11 de mayo de 2005, p. 1.

divorcio debe apuntalarse un orden social y jurídico que preserve a los cónyuges de intereses egoístas y pecuniarios y que torne a su separación lo menos litigiosa posible.

- b) Argumentos a favor: quienes se inclinan por reconocer la reparación de los daños sostienen¹⁸:
- El Derecho de Familia no se basta a sí mismo.
 - La indemnización se basa en el carácter general de las normas del responder civil (arts. 1077, 1109 y 1078 del *CC*), ya que las causales del divorcio con verdaderos hechos ilícitos¹⁹. El Derecho de Familia es parte integrante del Derecho Civil.
 - El matrimonio no es un coto impenetrable para el Derecho de Daños. No es justo otorgar a uno de los cónyuges un derecho a dañar sin responsabilidad²⁰.
 - La ausencia de normas específicas en la materia no puede ser invocada para inhibir la indemnización. El daño causado voluntariamente no puede quedar sin reparar.
 - Existe un rango superior del principio general de no dañar por sobre el respeto a la jerarquía familiar. El respeto y resguardo de la vida e integridad física y síquica tienen jerarquía constitucional y supranacional²¹.
 - La responsabilidad por daños no es un efecto del divorcio, y sólo procede cuando se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil. De este modo, no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho, sino de consecuencias distintas con reparaciones independientes. El derecho de alimentos de cónyuge inocente tiene un fundamento asistencial que tiende a cubrir las necesidades alimentarias de éste, en tanto que el resarcimiento del daño apunta a enjugar las consecuencias del hecho ilícito. La indemnización no es sancionatoria, sino reparadora.
 - El posible aumento de los juicios de divorcio contradictorios no puede justificar que existan daños que permanezcan sin reparar. Se ha destacado que el dictado del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había generado cierta preocupación en el ámbito forense, pues se pensaba que siempre que se produjera un

¹⁸ Voto de la mayoría en CNCivil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, “G., G.G. c/ B. de G., S.”, en *JA*, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 549.

¹⁹ ZANNONI (n. 3), p. 381; C. Civ. y Com. San Nicolás, 4 de septiembre de 2003, “F.M.B. c/ M.M.A. s/ Divorcio vincular. Disolución de la sociedad conyugal. Daños y perjuicios”, Lexis N° 14/132384.

²⁰ Jorge MOSSET ITURRASPE, “Los daños emergentes del divorcio”, en *LL*, vol. C, Buenos Aires, 1983, p. 348.

²¹ MEDINA (4), p. 49.

divorcio contradictorio con imputación de causales se daría lugar a los daños y perjuicios. Sin embargo, se apuntó que no siempre el cónyuge inocente tendrá derecho a la reparación de los daños y perjuicios y que sólo procederán en los casos en que se acrediten los presupuestos de la responsabilidad civil²².

– Si se admite que uno de los cónyuges pueda denunciar penalmente o querellar al otro por delitos de lesiones o tentativa de homicidio, no se advierte razón para negar la posibilidad de responsabilizarlo por delitos civiles o cuasidelitos civiles²³.

3. Responsabilidad contractual o extracontractual

La doctrina²⁴ y jurisprudencia mayoritarias consideran que los daños derivados de las relaciones de familia quedan emplazados dentro de la órbita extracontractual de la responsabilidad civil. Consideran que no existe entre las partes (esposos) una obligación o contrato que los emplace en la órbita contractual. Así, la responsabilidad obedece al incumplimiento del deber general de no dañar o *neminem laedere*²⁵.

Por su parte, una opinión minoritaria que en Argentina es sostenida por Elena Highton²⁶ sostiene que esta responsabilidad es de naturaleza contractual. Argumenta que su postura tiene en cuenta el origen de la clasificación –contractual o extracontractual–. La prestigiosa autora afirma que las normas de la responsabilidad contractual no sólo se aplican a los casos de incumplimientos de contratos sino que, también, abarca todos aquellos casos en que hay una obligación preexistente nacida de un acto lícito. De este modo, la responsabilidad contractual no sólo deriva del incumplimiento de un contrato sino, también, de la inobservancia de una obligación legal, como en el caso, del matrimonio.

4. Los presupuestos de la responsabilidad civil

Para que se configure la responsabilidad civil es necesaria la concurrencia de sus presupuestos. Para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias tales

²² RIVERA (n. 9), p. 576.

²³ MARIANI DE VIDAL (n. 6); CNCiv., Sala C, 17 de mayo de 1988, “L. de P., M.S. c/ P., J.C.O.”, en *JA*, tomo III, Buenos Aires, 1988, p. 376.

²⁴ Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990; Omar U. BARBERO, “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)”, en *JA*, tomo IV, Buenos Aires, 2005, p. 1.246; RIVERA (n. 9), p. 576; MÉNDEZ COSTA (n. 4), p. 653.

²⁵ MEDINA (n. 6), p. 72.

²⁶ Véase su voto en, CNCivil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, “G., G.G. c/ B. de G., S.”, en *JA*, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 549.

presupuestos son: la conducta antijurídica o incumplimiento objetivo, el factor de atribución, el daño y la relación de causalidad.

5. Antijuridicidad

Una conducta es antijurídica cuando es contraria al ordenamiento jurídico considerado en su conjunto. Se trata de una conducta que objetivamente no es conforme al ordenamiento legal, y que es ajena a toda consideración de la subjetividad del agente²⁷. Es decir, se trata de un proceder que infringe mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico, o que viola una norma de deber destinada a la protección de intereses²⁸.

Son antijurídicas las conductas descriptas en el art. 202 del *CC*²⁹ como causales de separación personal. Por su parte, el abandono subyace en la separación de hecho conforme al último párrafo del art. 204 del *CC*. Éstas, a su vez, son causales de divorcio (conf. art. 214 del *CC*). Dichas conductas, que violan los deberes matrimoniales (conf. arts. 198 y 199 del *CC*)³⁰ indudablemente son antijurídicas³¹.

Dice Eduardo Zannoni:

“Es obvio que toda causal de separación o divorcio culpables (art. 202, Cód. Civil) implica un acto o un hecho ilícito civil, como tal

146

²⁷ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 110; ALTERINI-AMEAL, LOPEZ CABANA (n. 3), p. 160; Alberto J. BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, vol. 1, p. 57; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 127; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la ilicitud”, en *JA*, tomo IV, Buenos Aires, 1981, p. 732.

²⁸ MÉNDEZ COSTA (n. 6), p. 653.

²⁹ Art. 202 del *CC*: “Son causas de separación personal: 1° El adulterio; 2° La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3° La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4° Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5° El abandono voluntario y malicioso”.

³⁰ Art. 198 del *CC*: “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

Art. 199 del *CC*: “Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos”.

³¹ MÉNDEZ COSTA (n. 4), pp. 653; C. Civ. y Com. Quilmes, 18 de noviembre de 1997, “Acosta Leonardo c/ Rodríguez Melitona s/ Divorcio Vincular Contradictorio”, Lexis N° 14/40560.

antijurídico que, conforme al art. 1077, ‘hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona’, es decir, al otro cónyuge³².

Sin embargo, debe aclararse que no hay conducta antijurídica en demandar la separación personal o el divorcio vincular, ya que constituye un derecho irrenunciable (conf. art. 230 del CC³³)³⁴, a diferencia de las causales de divorcio que sí configuran hechos contrarios a derecho.

6. Factor de atribución

Sostuvimos que para que proceda la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio es necesario que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil. No basta la mera declaración de culpabilidad en el divorcio³⁵.

En este orden, no habrá obligación resarcitoria en los casos en que el divorcio se determine sin atribución de culpa³⁶, sin embargo, la sola culpa en el divorcio no es suficiente para que nazca la obligación resarcitoria. En otras palabras, para que surja la responsabilidad civil deberá configurarse una conducta reprochable, y no procederá, en principio, en los casos de divorcio por causal objetiva o cuando se realiza por presentación conjunta.

147

³² Véase (n. 5), p. 382.

Dice la jurisprudencia “Si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de las taxativamente enumeradas por el art. 202 C. Civ., está cometiendo un hecho ilícito porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio, y si ese ilícito causa daño a la persona del inocente, no existe obstáculo alguno en disponer que se enjuge el perjuicio mediante la indemnización pertinente”, CNCiv., sala E, 2 de marzo de 2005, “C., R.Á.M. c/ de N., S.L.C.”, Lexis N° 1/1005344 o 1/1005339.

³³ Art. 230 del CC. “Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos”.

³⁴ MÉNDEZ COSTA (n. 4), p. 655.

³⁵ “No basta la declaración de culpabilidad contenida en la sentencia de divorcio, para predicar la obligación de indemnizar al inocente, porque la culpa típica de la institución matrimonial, referida al incumplimiento de los deberes conyugales, posee connotaciones singulares que imponen siempre su consideración particularizada”, C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 12 de septiembre de 2000, “M., P. c/ O., J.M.F. s/ Divorcio vincular”, Lexis N° 14/127454; C. Civ. y Com. Quilmes, 18 de noviembre de 1997, “Acosta Leonardo c/ Rodríguez Melitona s/ Divorcio Vincular Contradictorio”, Lexis N° 14/40560.

En igual sentido, se ha dicho que: CNCiv., sala A, 10 de septiembre de 1999, “G., N.E. c/ R., J.P. s/ Divorcio”, Lexis N° 10/8021; CNCiv., sala A, 11 de agosto de 1999, “A.C., L. c/ S., E.G. s/ Divorcio”.

³⁶ MEDINA (n. 4), p. 77; C. Civ. y Com. Quilmes, 18 de noviembre de 1997, “Acosta Leonardo c/ Rodríguez Melitona s/ Divorcio Vincular Contradictorio”, Lexis N° 14/40560.

Tiene dicho la jurisprudencia que:

“no corresponde intentar una acción de daños y perjuicios por quien resulta inocente en un juicio de divorcio contradictorio. El divorcio en sí mismo no puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios”³⁷.

Para algunos autores cualquier conducta culposa es generadora del deber de reparar.

Para otros, en cambio, el deber de reparar surge sólo en los casos en los que se ha configurado culpa grave o dolo³⁸. Si bien el *Código Civil* argentino no recepta en general la distinción entre culpa grave y leve (véase nota al art. 512 del *CC*), tal diferencia sí ha sido aceptada en el ámbito del Derecho de Familia (conf. art. 461 del *CC*). Por su parte, el art. 202 inc. 4° del *CC* establece que para que proceda el divorcio las injurias deben ser graves³⁹.

En este sentido se ha dicho que el sólo desamor (intencionado o culpable) puede ser la causa de injurias y de divorcio; sin embargo, no necesariamente será fuente de un resarcimiento autónomo derivado de la aplicación de los principios de la responsabilidad civil extracontractual⁴⁰.

El proyecto de *Código Civil* para la República Argentina de 1998 se enrola en esta postura que requiere para que surja la responsabilidad civil del cónyuge culpable que éste haya obrado con culpa grave o dolo. Creemos que ésta es una solución adecuada por cuanto permite lograr un equilibrio entre la tutela de la estabilidad familiar y la reparación de los daños injustamente sufridos. No parece razonable hacer prevalecer unas normas por sobre las otras, sino que debemos buscar el delicado equilibrio que les

³⁷ CCCom. de Mar del Plata, sala II, 8 de abril de 1997, “Valentín, Luis c/ Pérez, Olga s/ Daños y perjuicios”, BA B1401955.

También se ha dicho: “Al analizar el reclamo de una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio corresponde aclarar que la acreditación de causales de divorcio culpable atribuida a alguno de los cónyuges no es suficiente para generar un derecho a la reparación moral a favor del otro. Pero, obviamente, ello se agrava cuando ese obrar malicioso realizado por un cónyuge tiene una clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge. En estos supuestos la fuente del resarcimiento no es el divorcio sino la conducta ilícita que lesiona la dignidad o integridad física o moral del otro”, CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 2ª, 5 de febrero de 2009, “P. S. c/ P. A. s/ Divorcio vincular”, Lexis N° 33/14768.

³⁸ BARBERO (n. 24), p. 1.246; Mario P. CALATAYUD su voto en CNCivil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, “G., G.G. c/ B. de G., S.”, en *JA*, tomo IV, 1994, p. 549; Santos CIFUENTES, “El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial”, en *LL*, vol. B, Buenos Aires, 1990, p. 805.

³⁹ MEDINA (n. 4), p. 80.

⁴⁰ Eduardo. A.ZANNONI, “Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio”, en *JA*, tomo II, Buenos Aires, 1994, p. 822.

permita coexistir de manera armónica en el marco del Derecho Positivo. Es decir, se debe lograr un sistema de frenos y contrafrenos que permita la reparación de los daños injustamente sufridos, pero atendiendo a las especiales relaciones que se desenvuelven y desarrollan dentro del seno de la familia. De este modo, se admite la reparación de los daños y perjuicios derivados de las conductas ilícitas que han llevado al divorcio, pero la restricción estará dada por la necesidad de que se configuren factores de imputación rigurosos –culpa grave o dolo–. A su vez, como veremos más adelante, el proyecto de *Código Civil* referido contempla la facultad de los jueces de decidir sobre la procedencia o no de la indemnización sobre la base de criterios de piedad familiar.

Para otros autores, sólo en los casos en que existe dolo procede la indemnización. Ello por cuanto las causas que llevan al divorcio son comportamientos queridos por su autor y, por ende, son conductas dolosas y no culposas. Son acciones u omisiones que persiguen un resultado a sabiendas y con intención de dañar⁴¹.

También se encuentra controvertida la procedencia de la indemnización cuando es reprochable la conducta de ambos consortes. Para algunos autores las culpas se compensan o anulan recíprocamente y, por ende, no existe obligación resarcitoria⁴². Otros, en cambio, sostienen que la culpa de ambos cónyuges no neutraliza sus responsabilidades, por cuanto la culpa de uno no autoriza al otro a dañar⁴³.

En el caso de divorcio por separación personal sin voluntad de unirse (art. 204 del *CC*), en principio, no hay lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. Ello por cuanto no existe atribución de culpa. Sin embargo, si el cónyuge inocente alega y prueba no haber dado causa a la separación, entonces podrá reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios⁴⁴.

Tampoco procede la indemnización en los casos de divorcio por presentación conjunta⁴⁵.

En igual sentido, tampoco procede la reparación de los daños derivados del divorcio por enfermedad (art. 203 del *CC*⁴⁶), pues no se configura una

⁴¹ MOSSET ITURRASPE (n. 20), p. 348.

⁴² CNCiv., Sala H, 16 de julio de 1997, “D.N., G.S. c/ F.”, citado por MARIANI DE VIDAL (n. 4).

⁴³ Lidia N. MAKIANICH DE BASSET, “Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio”, en *ED*, vol. 115, p. 844; MEDINA (n. 4), p. 82.

⁴⁴ MEDINA (n. 4), p. 83.

⁴⁵ Primeras Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, junio de 1983.

⁴⁶ Art. 203 del *CC*: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos”.

conducta antijurídica por solicitar el divorcio por tal causal. Además, en este caso tampoco hay atribución de culpa, de modo que no se configuran dos presupuestos de la responsabilidad civil⁴⁷.

Otro de los temas que ha despertado el interés de la doctrina consiste en determinar la procedencia de la reparación de los daños derivados del divorcio con fundamento en un factor de atribución objetivo. Algún sector de la doctrina ha destacado que al aceptarse la concepción del divorcio-remedio y teniendo en cuenta los cambios sociales la situación de divorcio puede generar daños injustos indemnizables sobre la base de la equidad (factor de atribución objetivo, conf. art. 907 del CC⁴⁸)⁴⁹.

Algunos autores son partidarios de esta solución –responsabilidad objetiva–, aunque destacan que esto sólo sería posible de mediar una reforma legislativa⁵⁰.

Otros, en cambio, critican esta tesis –la responsabilidad con fundamento en la equidad– señalando que los hechos constitutivos de las causales de divorcio no son hechos involuntarios, entendiéndose por tales los casos de inimputabilidad en los que se ha obrado sin discernimiento, intención y libertad. En este sentido se señala que las indemnizaciones de equidad sólo se otorgan cuando se está frente a un hecho objetivamente ilícito, y tal ilicitud no se advierte en el caso del divorcio⁵¹.

7. Daños que se reparan

La conducta antijurídica imputable no es punible si no produce un daño (conf. art. 1067 del CC⁵²).

Hemos destacado que uno de los puntos respecto de los cuales no son contestes la doctrina y jurisprudencia radica en torno a los daños reparables.

Para un sector de la doctrina lo que se indemniza son los daños derivados de los hechos constitutivos del divorcio. Argumentan que el divorcio no es una conducta antijurídica, pues él mismo se encuentra expresamente

⁴⁷ MEDINA (n. 4), p. 84.

⁴⁸ Art. 907 del CC: “Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

⁴⁹ Lea M. LEVY, Adriana WAGMAISTER, Delia INIGO, “La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges”, en *LL*, vol. C, Buenos Aires, 1990, p. 900.

⁵⁰ Mauricio L. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 531.

⁵¹ RIVERA (n. 9), p. 576.

⁵² Art. 1067 del CC: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

legislado y, por ende, no es fuente de daños sino un remedio para los casos en que la convivencia no es posible⁵³.

Para otros, también son indemnizables las consecuencias dañosas derivadas del divorcio en sí mismo⁵⁴. Dentro de esta categoría quedarían comprendidos la circunstancia de permanecer solo/a, perder el estatus de casado, la disolución de la sociedad conyugal anticipada⁵⁵, el daño moral derivado de la lesión a los sentimientos religiosos.

El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que se ha expedido en la materia señala:

“Se distingue en cuanto a los perjuicios reparables, los daños emergentes del divorcio en sí mismo, de aquéllos derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, atento al tema de la convocatoria la decisión del Tribunal debe ceñirse a la indemnización de estos últimos”.

Como puede advertirse en tal oportunidad sólo se analizó la procedencia de los daños derivados de los hechos que motivaron el divorcio, y omitió expresamente analizar los indemnización de las consecuencias dañosas del divorcio en sí mismo.

Dicho fallo plenario estableció como doctrina legal obligatoria que:

“En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”⁵⁶.

Creemos que sólo son indemnizables los daños derivados de los hechos ilícitos que han motivado el divorcio. El divorcio en sí mismo no da lugar a la reparación de los perjuicios que de él derivan. Ello por cuanto el divorcio no es una conducta antijurídica sino un remedio que confiere la ley para los casos en que la convivencia ya no es posible. Además, existen supuestos de divorcio –por causales objetivas– en los que no se configura conducta reprochable alguna, de modo que ya serían dos los presupuestos de la responsabilidad que no se configurarían. Por otro lado, también

⁵³ ZANNONI (n. 40); C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 11 de diciembre de 2001, “Ch. R., R. c/ V.J.L. s/ Divorcio vincular”, Lexis N° 14/130060.

⁵⁴ Primeras Jornadas Australes... (n. 45); Segundas Jornadas Provinciales... (n. 45); Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990.

⁵⁵ Primeras Jornadas Australes... (n. 45); Jornadas de Responsabilidad... (n. 54).

⁵⁶ CNCivil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, “G., G.G. c/ B. de G., S.”, en JA, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 549.

debe tenerse presente que el divorcio tiene específicas consecuencias que se encuentran reguladas en el *Código Civil* y que el resarcimiento de los daños y perjuicios no es precisamente una de ellas.

No es indemnizable la pérdida del derecho hereditario del inocente por cuanto se trata de un daño eventual⁵⁷.

La indemnización no cabe ante simples actos de desamor, de pérdida del vínculo afectivo, aun cuando se configure un apartamiento de los deberes matrimoniales⁵⁸.

Tampoco es indemnizable la modificación de la situación económica, ya que esto cuadra dentro del deber alimentario (conf. art. 207 del *CC*)⁵⁹.

La cuantificación del daño es una tarea delegada a la prudente apreciación judicial, ya que la ley no prevé pautas específicas para ello⁶⁰. Creemos que en este aspecto, lo determinante del deber de reparar es la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, independientemente de la cuantía del daño, pues la mayor o menor magnitud del perjuicio no puede ser una justificación de un daño injusto⁶¹.

⁵⁷ Jornadas de Responsabilidad... (n. 54); MEDINA (n. 4), p. 85; CNCiv., sala F, 21 de mayo de 1993, "V.G.O. c/ T.A.C.", en *JA*, tomo I, Buenos Aires, 1994, p. 321.

⁵⁸ CNCiv., sala F, 21 de mayo de 1993, "V.G.O. c/ T.A.C.", en *JA*, tomo I, Buenos Aires, 1994, p. 321.

⁵⁹ MEDINA (n. 4), p. 86.

⁶⁰ C. Civ. y Com. de La Matanza, sala 2ª, 27 de septiembre de 2006, "Calegari Julio Carlos c/ Gallardo Rosana Adriana s/ Daños y perjuicios", Lexis N° 14/112838.

"La indemnización del daño moral en el juicio sobre divorcio se ciñe a los sufrimientos padecidos por la cónyuge a raíz de la forma en que el marido llevó a cabo el alejamiento del hogar conyugal y a las actitudes asumidas poco tiempo después, que configuraron no sólo la violación del deber de cohabitación, sino del de asistencia a su esposa e hija, y que repercutieron en los sentimientos y en el espíritu de la cónyuge, pero en manera alguna tiende a suplir la obligación alimentaria que pesa sobre el demandado respecto de su hija, ni ninguna otra que sea consecuencia del divorcio. 2. Para determinar el monto indemnizatorio del daño moral en el divorcio resulta relevante la repercusión que ha tenido el comportamiento del marido en el ámbito de la mujer que surge no sólo del abandono sorpresivo del hogar, sino de la actitud injuriosa subsiguiente de dejarla a ella y a la hija del matrimonio sin cobertura médica sin habérselo comunicado, y sin datos sobre su paradero, pero por otro lado también debe tenerse presente el lapso de convivencia del matrimonio -que en el caso duró solamente un año-. (Sumario 15361 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - *Boletín* N° 10/2003)", CN Civ., sala C, 8 de abril de 2003, "G. de S.A., C.M. c/ S.A., J.F. s/ Divorcio", Lexis N° 10/9377.

⁶¹ En contra se ha dicho: "Innegable resulta que toda separación o divorcio implica un final, un duelo, la muerte de un sentimiento y la frustración de expectativas de realización de proyectos comunes, sea por culpa de uno de los cónyuges o de ambos, todo lo cual, indudablemente, produce en cada uno de ellos un sentimiento de dolor que frecuentemente, en el decir de la doctrina, trata de encontrar sosiego en el escarmiento del que aparece como productor de la ruptura matrimonial. Pero no todo dolor es posible de resarcimiento, sino únicamente cuando el hecho dañoso inflige un grave perjuicio en la dignidad del cónyuge inocente, en virtud de

Creemos que los hechos constitutivos del divorcio pueden provocar tanto daño moral como patrimonial, y siempre que se demuestre que tales perjuicios se encuentran conectados en grado de causalidad adecuada con aquellos acontecimientos, entonces precede su reparación. Ello, sin perjuicio de que lo que se advierte comúnmente en la jurisprudencia es la reparación del daño moral.

8. La visión jurisprudencial sobre los hechos que hacen procedente la reparación del daño moral

Se ha considerado que es resarcible el daño moral derivado de los dichos vertidos en el proceso de divorcio. Así se ha dicho

“Si al momento de brindar un testimonio en juicio se profieren agresiones injuriosas que ofenden y hieren las justas susceptibilidades de una persona, corresponde resarcir el daño moral causado. Es que, No obstante que los procesos de familia son de carácter reservado (art. 64 inc. b del Reglamento para la Justicia Nacional) y aun cuando las manifestaciones no tuvieran trascendencia y sólo fueran advertidas por los autorizados a compulsar el expediente, ello no es óbice para afirmar que no molestaron al accionante, pues nadie debe ser tratado de manera peyorativa, se encuentre inmerso o fuera de una causa judicial, se trate de un abogado o de cualquier otra persona. Situación que no queda justificada por la falta de experiencia judicial o los problemas familiares del ofensor”. (Sumario N° 18929 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil)⁶².

Aunque, por otro lado, se sostuvo:

habérsele conculcado sus derechos subjetivos, resultado lesivo generalmente traducido en la incursión del cónyuge en falta pública y notoria durante la convivencia matrimonial, sea por comportamientos impropios con su estado civil o incompatibles con esa condición, que colocan al otro frente a la comunidad en que vive, en situaciones ridículas o disvaliosas de las que se genera un daño”, C. Civ. y Com. San Nicolás, 21 de abril de 2005, “Carbajal Gómez María Lylian c/ Rodríguez, Artigas Lincoln s/ Daño moral”, Lexis N° 14/136098.

⁶² CNCiv., sala L, 10 de diciembre de 2008, “Murdoch, Carlos Enrique c/ Sarquis, Lidia Bárbara Delia s/ Daños y perjuicios”, Lexis N° 10/10137.

Respecto de la conducta observada durante el proceso se sostuvo: “Si de la compulsa de las actuaciones seguidas entre las partes sobre alimentos se desprende la actitud siempre reacia del demandado, primero para cumplir con la magra cuota provisorio fijada y, después, para hacerlo con la definitiva, corresponde considerar que dicha conducta es lo suficientemente grave y se ha prolongado en el tiempo como para revestir las características del agravio moral”, CNCiv., sala E, 9 de octubre de 2003, “C. A.B. c/ S.E.J.”, Lexis N° 1/70011837-7 o 1/70011837-6.

“La declaración de culpabilidad del cónyuge fundada en mentiras, ocultaciones y ardidés dentro del proceso de divorcio, no puede tener cabida toda vez que las expresiones vertidas en un pleito de estas características no alcanzan cuando no se ha probado su existencia por otros hechos”⁶³.

Es idónea para que proceda la reparación del daño moral la conducta desleal de la cónyuge que actuó fraudulentamente y llevó a su consorte a reconocer hijos respecto de los cuales no tenía vínculo biológico alguno. Así lo entendió la jurisprudencia al señalar:

“Dentro de esta última categoría de casos se encuadra el accionar fraudulento de la cónyuge culpable que, durante la vigencia del matrimonio, llevó al esposo a emplazarse como padre de cuatro menores respecto de los cuales no tenía ningún vínculo biológico, accionar que reviste la suficiente entidad como para lesionar el honor del damnificado (Sumario 17041 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - *Boletín* 9/2006)”⁶⁴.

154

Produce daño moral el abandono realizado por uno de los cónyuges cuando el otro se encuentra enfermo de depresión e internado.

“Corresponde reparar el daño moral experimentado por el cónyuge que, no obstante encontrarse internado en un establecimiento médico –bajo tratamiento con motivo de sus problemas depresivos–, es abandonado por su esposa quien, al dejar el hogar conyugal, se lleva a los hijos del matrimonio sin comunicárselo. Pues no cabe duda del desequilibrio emocional que tal acontecimiento produce en quien se encuentra extremadamente necesitado de afectos y refuerzos morales y espirituales que lo ayuden a sobrepasar su estado anímico”⁶⁵.

También produce daño moral la existencia de agresiones públicas. Así lo entendió la jurisprudencia al señalar:

“Si se ha probado el daño y su relación de causalidad con la actitud del cónyuge culpable del divorcio, el cual excede los hechos que

⁶³ C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 11 de diciembre de 2001, “Ch. R.,R. c/ V.J.L. s/ Divorcio vincular”, Lexis N° 14/130060.

⁶⁴ CNCiv., sala B, 28 de abril de 2006, “B., O.J. c/ C., L.A.F. s/ Dano moral”, Lexis N° 10/9945.

⁶⁵ CNCiv., sala D, 13 de noviembre de 2000, “M.,J.E. c/ B., M.L. s/ Divorcio”, Lexis N° 10/8674.

hacen a la imposible convivencia, traduciéndose en agresiones públicas -en el ámbito laboral o en el círculo de amistades-, corresponde hacer lugar a la indemnización por ‘daño moral’⁶⁶.

Una cuestión que ha dado lugar a opiniones doctrinarias y jurisprudenciales desencontradas está dada por la extensión del deber de fidelidad una vez finalizada la convivencia, pero cuando aún no se ha dictado la sentencia de divorcio. Ello por cuanto la subsistencia del deber de fidelidad aun después de finalizada la convivencia puede dar lugar a conductas antijurídicas respecto de las cuales, si concurren los demás presupuestos de la responsabilidad civil, podría surgir la obligación de reparar.

Para algunos, procede el resarcimiento del daño moral cuando una de las partes se encuentra en una relación de pareja. Así se ha sostenido:

“En el caso de que uno de los cónyuges se encuentre en una nueva relación sentimental y ello lo haga público, aun cuando no se configure la causal de adulterio sino la de injurias graves, dicha conducta constituye una ofensa cierta al honor, la dignidad y la intimidad del otro y tiene entidad y aptitud suficiente como para generarle sentimientos de dolor, angustia y desconsuelo, por lo que son configurativos de daño moral, de ahí corresponde hacer lugar a ese resarcimiento. (Sumario N°18672 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil)⁶⁷.”

155

También se ha dicho:

“La procedencia de la reparación del daño moral causado al esposo por el adulterio en que incurrió la mujer no requiere de una prueba específica, por cuanto se trata de un perjuicio que surge in re ipsa

⁶⁶ C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 11 de diciembre de 2001, “Ch. R.,R. c/ V.J.L. s/ Divorcio vincular”, Lexis N° 14/130060.

⁶⁷ CNCiv. sala H, 12 de noviembre de 2008, “L., S.E. c/ G., L.J. s/ Divorcio”, Lexis N° 10/10081.

En este sentido se sostuvo: “Comprobada la cohabitación del cónyuge, o sea, su relación concubinaria apenas unos meses posteriores a la separación, puede inferirse que la relación se inició antes que el demandado se retirara del hogar conyugal, es decir, cuando aún se hallaba en matrimonio y aun cuando no conste la trascendencia que ello pudo alcanzar hasta ese momento, no es dudoso que a partir de entonces la situación fue pública. Supuesto lo cual no cabe desconocer la repercusión íntima que ello debió tener en la cónyuge luego de varios años de matrimonio, con sus inevitables significados frustratorios y humillantes y la consiguiente lesión al honor en su aspecto subjetivo. Es por ello que procede el reclamo por daño moral (sumario 16406 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - *Boletín* 9/2005)”, CNCiv., sala 1, 10 de marzo de 2005, “H.P., R.D.L. c/ G., I.A. s/ Divorcio”, Lexis N° 10/9701.

de los mismos hechos que demuestran su gravedad suficiente para producir una modificación disvaliosa del espíritu en el cónyuge inocente, por cuanto además de constituir una de las mayores injurias, el daño moral se configura con independencia de la mayor o menor publicidad que tenga el hecho ilícito pues se viola el deber de fidelidad, se destruye la confianza y se falta el respeto al inocente”⁶⁸.

En este orden también se sostuvo:

“La mera separación de hecho no exime a los cónyuges del deber de fidelidad, máxime en supuestos en los que no se configura un relevamiento recíproco del deber de fidelidad, o una ruptura de la relación de muchos años que hace presumir esa situación, sino que por el contrario en el caso el hecho se produce a pocos meses del retiro unilateral del hogar conyugal por parte del marido y cuando, todavía al parecer no se encontraba definido el futuro del matrimonio. De ahí que, si se encuentra acreditado que el cónyuge demandado públicamente viajaba en compañía de otra mujer y con cierta frecuencia y además se hospedó con su compañera en la chacra de fin de semana a la que solían concurrir las partes –oportunidad en la que fueron atendidos por la casera– a pocos meses de retirarse del hogar conyugal, tales circunstancias son susceptibles de producir un dolor profundo en la esposa que configura daño moral (del voto de la mayoría: Dres. Dupuis y Mirás). Disidencia del Dr. Calatayud: El deber de fidelidad no se mantiene después de la separación de hecho de los esposos, de manera que la circunstancia de que el demandado, después de haberse retirado del hogar conyugal, haya iniciado una relación amorosa con otra mujer, no puede, fundar el reclamo de indemnización del daño moral que la actora dice haber sufrido. Es que, tampoco podría servir de fundamento para decretar el divorcio por la causal de adulterio, en tanto que, sin duda, el círculo de parientes y amistades íntimas seguramente conocieron el hecho de que el matrimonio estaba separado, más allá de que no estuvieran enterados de los motivos que motivaron esa separación, por lo que la afrenta que asegura haber padecido no puede ser tal (sumario 16332 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - *Boletín* 6/2005)”⁶⁹.

Como puede advertirse, y sobre todo en el último caso reseñado, las opiniones se encuentran divididas respecto de la subsistencia del deber de fidelidad luego de finalizada la convivencia y antes del dictado de la sentencia de divorcio. La postura que se adopte respecto de la subsisten-

⁶⁸ C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 1ª, 7 de septiembre de 2007, “L., L.M. c/ B., L.E.”, Lexis N° 1/70041261-1.

⁶⁹ CNCiv., sala E, 2 de marzo de 2005, “C. R., A.M. c/ D.N.S., L.C. s/ Divorcio”, Lexis N° 10/9664.

cia de este deber incidirá en la reparación del perjuicio moral que podría experimentar el otro consorte como consecuencia del engaño.

9. Legitimados

El legitimado activo es el cónyuge inocente y el pasivo es el culpable⁷⁰.

Los hijos carecen de legitimación activa para reclamar el daño moral derivado del divorcio puesto que son damnificados indirectos (conf. art. 1078 del CC).

10. Prescripción de la acción

Por daños y perjuicios corre desde que la sentencia de divorcio se encuentra firme, ya que estando vigente la unión la misma no corre (conf. art. 3969 del CC⁷¹).

III. EL PROYECTO DE *CÓDIGO CIVIL* PARA ARGENTINA DE 1998

En la actualidad, ya lo hemos adelantado, los daños derivados de las relaciones de familia no se encuentran regulados de manera específica. Por ello, los casos que se han presentado se resolvieron a partir de la aplicación de los principios generales y presupuestos de la responsabilidad civil.

El proyecto de *Código Civil* para Argentina de 1998 se ha ocupado de este tema y estableció que en su art. 525:

“Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños y perjuicios es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el art. 1686”.

Por su parte, el art. 1686 determina:

⁷⁰ “La legitimación para solicitar la reparación del daño moral ocasionado como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, la posee solamente el cónyuge que no dio causa al divorcio, es decir el inocente. De allí que, al tratarse de un supuesto de culpa de ambas partes, tal reparación no puede tener cabida”, CNCiv., sala H, 16 de julio de 1997, “D.N., G.S. c/ F., E.D. s/ Divorcio”, Lexis N° 10/1798.

⁷¹ Art. 3969 del CC: “La prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente”.

“Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia (...)”.

El art. 1589 sostiene:

“El daño está justificado: (...) d) En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad familiar”.

Si bien este proyecto no llegó a ser ley es indudable su valor doctrinario, no sólo por el prestigio y categoría de los juristas que lo redactaron sino, también, por haber tomado el pulso al estado de la cuestión⁷².

El proyecto de 1998 admite la reparación de los daños derivados de las relaciones de familia, aunque les pone frenos y cortapisas. Los frenos se manifiestan de dos maneras, por un lado, se restringen los factores de atribución, ya que sólo tienen cabida la culpa grave y el dolo; por otro lado, también se evidencian a través del denominado daño justificado que se materializa cuando existe peligro en la estabilidad de la familia, se amenaza la solidaridad entre sus miembros y la piedad familiar.

158

IV. CONCLUSIONES

El Derecho de Familia durante muchos años se mantuvo impermeable a la aplicación de las normas del Derecho de Daños. Sin embargo, en los últimos años tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido la reparación de los daños que se producen en el ámbito de las relaciones de familia.

En 1987 se dictó la ley N° 23.515, que introdujo en Argentina el divorcio vincular. Debe recordarse que la ley N° 2.393 en su art. 64 establecía:

“El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial”.

A partir de entonces, a la par de admitir el divorcio vincular en la legislación argentina, se produjo un claro viraje de la jurisprudencia que

⁷² BARBERO (n. 24), p. 1.246.

admitió de manera clara y contundente la reparación de los daños derivados del divorcio. En el año 1988 se dictó la primera sentencia bajo el régimen de la ley N° 23.515, y como señala María J. Méndez Costa se produjo un decisivo giro de tuerca⁷³.

Mucho se ha discutido respecto de la prevalencia de unas normas por sobre las otras. En este sentido, encontramos a quienes sostienen la inaplicabilidad de las normas del Derecho de Daños a las relaciones de familia, en tanto que otros consideran que existe una clara supremacía del deber de reparar por sobre el principio de especialidad del Derecho de Familia.

Creemos que no se trata de determinar la supremacía de unas normas por sobre las otras, porque ambas forman parte del Derecho Positivo y, por lo tanto, sus disposiciones deben ser interpretadas de manera sistemática. Pero más allá de esta interpretación, lo cierto es que ambas normas tutelan intereses caros para la sociedad. Por un lado, se propende a la protección de la estabilidad familiar y se pretende soslayar la introducción de soluciones legales que puedan actuar como disparadores o agravantes de las desavenencias entre sus miembros. Por otro lado, se pretende que no existan ámbitos en los cuales se puedan causar daños injustos que se mantengan sin reparar.

Creemos que la solución que contempló el proyecto de *Código Civil* para la República Argentina de 1998 ha sido adecuada para encontrar el equilibrio entre la estabilidad de la familia y la reparación de los daños injustos que se pudieran causar en su seno. En efecto, el proyecto admite la posibilidad de reclamar los daños derivados del divorcio, aunque establece frenos a tal facultad a través de la restricción en cuanto a los factores de imputación de responsabilidad. Se establece que la indemnización sólo procederá cuando exista culpa grave o dolo del autor del ilícito. Asimismo, se contempla la figura del daño justificado en razón del cual la admisión de una acción reparatoria puede tener límites si se pone en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y estabilidad de la familia, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad familiar.

Por nuestra parte, creemos que el divorcio no es una conducta reprobada por la ley, por el contrario, consideramos que se trata de un remedio para cuando la vida en común ya no es posible. Tal es así que expresamente se encuentra contemplado y regulado en la ley.

De este modo, creemos que el divorcio por sí mismo no es idóneo para que proceda la reparación de los perjuicios que de él podrían derivar. Entendemos que sólo procede la reparación de los daños producidos por los hechos que motivaron el divorcio, que, en definitiva, configuran hechos ilícitos y como tales generan la obligación de repararlos.

⁷³ MENDEZ COSTA (n. 4), p. 638.

Si bien no existe en Argentina una regulación específica sobre la materia, lo cierto es que por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil se abrió paso una jurisprudencia que admite la reparación de los daños derivados del divorcio. Sin embargo, creemos que es conveniente introducir una específica regulación legal que contemple las específicas particularidades de las relaciones de familia como oportunamente lo hiciera el proyecto de *Código Civil* de 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio”, en *LL*, N° 27, p. 212.
- ALTERINI, Atilio A., Oscar J. AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.
- BARBERO, Omar U., “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)”, en *JA*, tomo IV, 2005, p. 1.246.
- BUERES Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, vol. I
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- CIFUENTES, Santos, “El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial”, en *LL*, 1990-B-805.
- COLOMBO, Leonardo, “Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”, en *LL*, N° 89, p. 708.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio”, en *JA*, tomo III, 1983, p. 625.
- FAMÁ María Victoria y Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Divorcio y daño moral: una mirada constitucional”, en *LL* del 11 de mayo de 2005.
- GUASTAVINO, Elías P., Augusto C. BELLUSCIO, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, en *LL*, N° 105, p. 1.041.
- Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés)”, en Félix TRIGO REPRESAS y RUBÉN STIGLITZ (dirs.), *Derecho de Daños en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, primera parte.
- LEVY, Lea M., Adriana WAGMAISTER, Delia INIGO, “La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges”, en *LL*, 1990-C-900.

- MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio”, en *ED*, N° 115, p. 844 .
- MARIANI DE VIDAL, Marina, “Comentario al plenario G., G.G. c. B. de G., S.M.”, en *La Ley* on line.
- MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002.
- MEDINA, Graciela, “Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario)”, en *JA*, tomo IV, p. 837.
- MÉNDEZ COSTA, María J., “Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”, en Félix TRIGO REPRESAS y RUBÉN STIGLITZ (dirs.), *Derecho de Daños, en Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, primera parte.
- MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Los daños emergentes del divorcio”, en *LL*, 1983-C, 348.
- RÉBORA, Juan C., “El daño moral”, en *JA*.
- RIVERA, Julio César, “Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio”, en *JA*, tomo IV, p. 576
- SALAS, Acdeel, “Indemnización de los daños derivados del divorcio”, en *JA*, tomo II, 1942, p. 1.011.
- SOLARI, Néstor, “El daño moral en el divorcio”, en *LLNOA* septiembre 2006, p. 901.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1993.
- ZANNONI, Eduardo. A., “Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio”, en *JA*, tomo II, 1994, p. 822.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Reflexiones sobre la ilicitud”, en *JA*, tomo IV, p. 732.