



***UNIVERSIDAD ABIERTA
INTERAMERICANA.***

Facultad de Derecho

Título a obtener: Abogada

**Daños y perjuicios al cónyuge inocente
por parte del cónyuge culpable
derivados del divorcio vincular o
separación personal**

Alumna: Pistolessi, Carina

Fecha: Diciembre 2004

RESUMEN

La temática abordada en el presente trabajo esta orientado a dilucidar si son reparables los daños y perjuicios ocasionados al cónyuge inocente por parte del cónyuge culpable del divorcio vincular o separación personal.-

La investigación que nos proponemos realizar es de carácter bibliográfico, en la misma indagaremos acerca de todos los aspectos que refieren a esta temática, desde un punto de vista interno, esto es a nivel nacional, como también desde un punto de vista externo o internacional. Estudiaremos sobre la posibilidad o no que tiene el cónyuge inocente de pedir el resarcimiento por la vía de la responsabilidad civil anexada al derecho de familia, o bien si se esta sancionando al culpable, violando el principio constitucional “non bis in idem” .-

Tomando en cuenta la opinión de distintos juristas, tales como Mosset Iturraspe, Bustamante Alsina, Molina Quiroga, Solari Néstor, Barbero Omar, Belluscio Augusto, Dutto Ricardo sobre el tema y el análisis de variados fallos jurisprudencias, atento a no existir normativa expresa sobre la cuestión que nos brinde el referente teórico del mismo.-

INDICE

I	Resumen.....	1
---	--------------	---

Capítulo 1

I	La Responsabilidad Civil Derivada de la Separación y el Divorcio	4
II	Introducción.....	4
III	La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia.....	6
IV	Procedencia del Resarcimiento en la Separación.....	8

Capítulo 2

I	Antecedentes.....	12
II	Antecedentes en los Tribunales de Rosario.....	29

Capítulo 3

I	Presupuestos de Responsabilidad.....	35
II	Postulación de la Tesis Negativa.....	49
III	Postulación de la Tesis Positiva.....	55
IV	Postulación de la Tesis Intermedia.....	61
V	Doctrina Nacional.....	62
VI	Perspectiva Constitucional.....	71

Capítulo 4

I	Naturaleza Jurídica.....	73
II	Competencia del Tribunal.....	75

III	Responsabilidad de Terceros.....	77
IV	Plazos de Prescripción de la Acción.....	77
V	Monto Resarsitorios.....	77
VI	Efectos que Produce la Reconciliación a la Demanda de Daños y Perjuicio Derivado del Divorcio o Separación Personal.....	79
VII	Caducidad de la Acción.....	80
VIII	Cuestiones Prejudiciales.....	80
IX	Proyecto de Reforma del Código Civil.....	80

Capítulo 5

I	Derecho Comparado.....	82
---	------------------------	----

Capítulo 6

I	Conclusiones Personales.....	103
---	------------------------------	-----

Bibliografías

I	Citas Bibliográficas.....	105
II	Bibliografía General.....	107

CAPITULO 1

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

En esta exposición nos debemos referir a dos institutos importantísimos dentro del derecho privado, por un lado la “responsabilidad civil” y por otro el “divorcio”. Ambos en diferentes campos del derecho pero que al rozarse han instaurado tanto en doctrina como en jurisprudencia un debate, en donde existen autores que se enrolan tanto en su admisibilidad como otros en su rechazo.-

INTRODUCCIÓN

Existe una máxima, un principio general del derecho “el deber de no dañar; alterum non laedere”, concebido por Ulpiano, precepto jurídico que debe respetarse en toda sociedad civilizada. Comporta un deber de conducirse en la vida social con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que la conducta de cada uno no provoque perjuicios a los otros individuos, sea en su persona, o en los bienes o cosas de su pertenencia. Nuestra Carta Magna lo recepta en su artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”; por lo que irradia sus derivaciones como principio general del derecho constitucional al resto del sistema jurídico¹.-

La infracción a este deber jurídico de “no dañar” comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado, acepción de responsabilidad civil”.-

Nuestro Código Civil impone este deber en los artículos 1109, 1068,1077, 1078 y concordantes. Se consagra una regla de alto valor moral y social, el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a sus semejantes, es una regla general de conducta: debemos ser previsores, prudentes, diligentes, hábiles pues de otro modo respondemos de nuestros actos, cuando los mismos causen daños a los demás.-

Al analizar el instituto del divorcio lo encontramos en el primitivo derecho romano, cuando se materializaba a través de la “repudiación”, figura inicialmente concebida como atribución exclusivamente marital y extendida luego a la mujer. Se diferencia del divorcio que coexistió en etapas posteriores, éste se delimitó en sus

inicios a la verificación de la separación de los cónyuges y la consecuente ruptura del vínculo matrimonial por el consentimiento de ambos, mientras que la repudiación requería la voluntad de uno de ellos.-

En esencia, el divorcio, se nos aparece como la figura a través del cual el ordenamiento normativo habrá de acordar encauzamiento legal a un conflicto generador del fracaso matrimonial.-

El tema abordado se refiere a la responsabilidad civil derivada del divorcio vincular y la separación personal, por eso es menester conceptualizar ambos institutos.-

Se entiende por “divorcio vincular” a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada; receptado en el artículo 213 inciso 3 del Código Civil al consagrar que el matrimonio se disuelve por sentencia de divorcio vincular.-

La separación personal de los cónyuges, o separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial; se limita a hacer cesar el deber de cohabitación de los cónyuges, no restituyendo la aptitud nupcial de los mismos separados².-

En la mayoría de los sistemas jurídicos vigente, y concretamente el nuestro, no existe el divorcio sino instrumentado en una sentencia judicial que lo declare, según se desprende de lo prescripto en el artículo 229 del Código Civil.-

Hay que determinar si el divorcio opera solo como un medio instrumental capaz de encuadrar jurídicamente una situación de fracaso matrimonial llevada ante los estrados judiciales, o como herramienta a la vez ordenadora y sancionatoria respecto de la conducta de uno o de ambos cónyuges en la generación de la crisis; resultando allí lo que se conoce como “divorcio remedio” y “divorcio sanción”, siendo el primero la respuesta frente al quebranto o fracaso del matrimonio como proyecto común (artículos 205, 215 del Código Civil); y el segundo guarda relación de correspondencia con una conducta concreta, descrita como tal en la ley (artículo 202 Código Civil), constituyendo un reproche frente a la ilicitud y antijuridicidad de una imputación efectivamente acreditada, con consecuencias disvaliosas para quien resulta declarado culpable.-

El Dr. Mosset Iturraspe al comentar el fallo dictado por la C1ª CC La Plata, sala II, en 1983, en autos: “A., A. c. A., M. N.” hizo el distingo entre: divorcio sanción y divorcio remedio, en especial después del acogimiento en nuestro ordenamiento, del divorcio por presentación conjunta, que tiene características de remedio. Entiende que la reparación de los daños solo se compadece, con el divorcio sanción, en el cual el

juzgador imputa la separación al comportamiento de una o de ambas partes. Solo en él puede haber imputación, esto es atribución o achaque de una conducta activa o pasiva.-

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

El deber de no dañar, como dijimos, con sustento en la Constitución Nacional se expande a las más diversas ramas del Derecho: Derecho Comercial, Derecho de las Obligaciones y Contratos, Derechos Reales, Derecho de Familia, Derecho Administrativo, Derecho Bancario³.-

Pero la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares ha sido admitida solo en casos puntuales por nuestra legislación y su expansión jurisprudencial y doctrinaria ha sido lenta y paulatina.-

Hasta no hace mucho mas de dos décadas, hubiere parecido ajeno a las ideas tolerables por la sociedad proponer el debido resarcimiento que cualquier daño produjere al consorte inocente. Ni la concepción de resarcimiento estaba tan expandida a diferencia de la actualidad, como por ejemplo lo que sucedía en materia de consumo, menos aún tratar de entender el amparo de un cónyuge víctima de los daños que el otro pudiera ocasionarle en razón y a causa de la ruptura matrimonial. Hoy situación revertida atento que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden admisible la protección jurídica frente al dañador que podrá ser llamado por la responsabilidad a reparar el perjuicio ocasionado.-

En el Código de Vélez existían casos puntuales, (como se expresó más arriba) en que el derecho de daños rozaba el derecho de familia, como por ejemplo: la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos menores de edad (artículos 273, 1114); responsabilidad que también regía para los tutores y curadores por los hechos de las personas que están a su cargo (artículos 433, 475 y 1117); el derecho del cónyuge de buena fe en caso de nulidad de matrimonio, a demandar al cónyuge de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización del perjuicio sufrido (artículo 234); la responsabilidad del tutor hacia el menor, por todo perjuicio resultante del incumplimiento de sus deberes (artículos 413, 461), responsabilidad extensiva al curador (artículo 475); la responsabilidad de la viuda con hijos menores, que contrajese matrimonio y no pidiese al juez que les nombre tutor, por todo los perjuicios que pudiese causarle a los intereses de los hijos, responsabilidad extensiva al marido de ella (artículo 239).-

La Ley 2393 de Matrimonio civil, reiteró en su artículo 91 el antiguo artículo 234 del Código de Vélez, o sea, el derecho del cónyuge de buena fe a demandar al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, la indemnización por los perjuicios sufridos, incorporando además el derecho a la reparación del daño moral (artículo 109). Asimismo, en caso de oposición infundada al matrimonio o denuncia maliciosa de impedimento matrimonial, estableció la obligación a cargo del autor de tales hechos de indemnizar a los futuros esposos (artículos 34 y 35, ley 2393). El artículo 95 reprodujo el artículo 239 del Código de Vélez.-

La Ley 11.357 dejó sin efecto este último precepto al permitir expresamente a la mujer casada conservar y ejercer la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior (artículo 3 inc. 1 de dicho precepto legal).-

La Ley 23264/85 derogó el artículo 273, referido a la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores de diez años, y unificó el régimen de responsabilidad de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores en el artículo 1114, adecuándolo a las nuevas formas de ejercicio compartido de la patria potestad y previendo el caso en que haya cesado la convivencia de los progenitores.-

Con la sanción de la Ley 23.515 de Matrimonio Civil en 1987, en la cual solo encontramos algunas modificaciones significativas a la situación legal existente en esta materia. Con respecto a la nulidad del matrimonio al referirse el nuevo artículo 225 del Código Civil al derecho del cónyuge de buena fe a demandar los daños y perjuicios contra el cónyuge de mala fe y el tercero que hubiesen provocado el error, lo amplió a los supuestos en que estos últimos hubiesen incurrido en dolo y violencia. Derogó las disposiciones de los artículos 34 y 35 de la Ley 2393 en cuanto establecían expresamente la obligación de resarcir en caso de oposición infundada al matrimonio o denuncia maliciosa de impedimentos. Esta derogación no significa que ahora este vedada la indemnización, sino se interpreta como una remisión tácita a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, tal como se entiende en el tema del reclamo resarcitorio por ruptura de esponsales, entendiéndose como “la promesa que se hacen mutuamente un hombre y un mujer de contraer matrimonio en el futuro”.-

La evolución de los esponsales en el derecho argentino se dio de la siguiente manera:

1. El Artículo 8 de la ley 2393 de matrimonio civil (hoy derogada por la 23515) decía "la ley no reconoce esponsales de futuro, ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubieran causado"

Es decir estaba vedada la posibilidad de reclamar por la ruptura de la promesa de matrimonio.-

2. Vélez traslada ese Artículo 8 de la ley al Código Civil en el artículo 166 copiándolo textualmente.-
3. El anteproyecto de Bibiloni no innovaba en esta materia y proponía reproducir el mismo artículo.-
4. El proyecto de 1936 reemplazaba el artículo por otra disposición: "No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio" Es decir vedaba la posibilidad de exigir el cumplimiento, pero dejaba abierta la posibilidad de reclamar la indemnización fundada en la ruptura dolosa o culpable sobre la base de las normas relativas a hechos ilícitos.-
5. El anteproyecto de Llambías en el año 1954 quería legislar el tema "No habrá acción para exigir el incumplimiento de la promesa de matrimonio, pero el cumplimiento doloso conforme la circunstancias del caso que apreciará prudentemente los jueces dará lugar a la reparación del daño moral y material sufrido por el novio, o novia inocente, se refuta hasta prueba en contrario que concurren a calificar el injustificado rompimiento de la promesa matrimonial la duración excesiva del noviazgo, la pública intimidad de los prometidos o la proximidad del casamiento".-
6. La ley 23.515 derogó la 2393, y hoy el artículo 165 del Código Civil dice: "Este Código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio".-

No hay una prohibición expresa como en la ley 2393, por lo tanto queda la posibilidad de accionar por los daños, por la vía de la responsabilidad extracontractual (artículo 1109 y cons.), pudiéndose reclamar daño patrimonial como moral.-

Es evidente que Vélez había imaginado que podía darse una situación del tema en cuestión, lo que no hizo es pensar en la existencia del divorcio vincular, si para él la ruptura del noviazgo no es pasible de resarcimiento civil (en el Código de Vélez, hoy es discutido) cabría preguntarse si hubiese mantenido esta misma postura en el supuesto de divorcio vincular.-

Procedencia del Resarcimiento en la Separación Personal como en el Divorcio Vincular

Las causales de separación personal y las de divorcio vincular son las mismas (artículos 202 y 214 inc. 1 Código Civil), por lo tanto para el análisis del tema en cuestión no

procede distinción en ambos institutos, es decir, en este alcance ambas situaciones son idénticas y de lo que se trata es de determinar si los hechos configurativos de dichas causales han ocasionado un perjuicio, a cuyo fin no incide para nada distinguirlos, ni tampoco es exigencia de la ley. La jurisprudencia ha admitido el reclamo resarcitorio tanto en el ámbito de la separación personal como del divorcio vincular (los fallos anteriores a la ley 23.515/87 admitieron el resarcimiento en acciones de separación personal (los dos fallos citados de la Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata 7-4-83), y con posterioridad lo resolvió la Cam. Nac. Civ., sala B, 21-9-92. E. D. 151-403).-

La doctrina distingue dos alternativas: a) accionar por reparación de los daños materiales o morales nacidos como consecuencia de los hechos que además de generadores del divorcio a nivel de causales devienen en dañosos (por ilícitos) respecto del cónyuge inocente ahora accionante; b) accionar por los perjuicios sufridos por las secuelas directa del divorcio en sí mismo.-

En relación con los daños materiales derivados de los hechos que dan motivo al divorcio, Belluscio⁴ propone la hipótesis de daños generados en lesiones que requieren atención médica o provocan lucro cesante o incapacidades con secuelas transitorias o permanentes, contagio de enfermedades (especialmente venéreas) como lo declara por unanimidad la Comisión N° 1 de las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra. Maria Josefa Méndez Costa realizadas en Santa Fe en el mes de noviembre de 1990; transmisión culpable del SIDA; escándalos promovidos públicamente que afectan el crédito laboral o profesional del agraviado; la destrucción de bienes de propiedad del reclamante, etc.-

Se mencionan como elementos configurativos de daño moral nacido de esos mismos hechos los sufrimientos derivados de un adulterio manifestado desembozado, de modo que se produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge, o los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves, o el insulto público con entidad injuriantes para el que lo recibe, o el derivado de las actitudes del esposo que frustraron la celebración de la ceremonia religiosa, etc..-

En lo relativo a los daños materiales derivados del divorcio en sí mismo, el elenco de perspectivas enunciada incluye la necesidad del marido inocente de internar a sus hijos menores en un establecimiento educativo estando estos a su cargo, la pérdida por parte de la mujer del nivel socio-económico de que gozaba durante la unión matrimonial, los gastos extraordinarios generados en el juicio de divorcio, así como el resultante de la disolución anticipada de la sociedad conyugal con la consecuente división de bienes. También se hace mención al lucro cesante en la actividad profesional del cónyuge inocente, desalentado y hasta desacreditado por la ruptura, señalándose,

bien que con la salvedad de tratarse de un daño no indemnizable por ser eventual, el relativo a la pérdida de la vocación sucesoria en caso de divorcio vincular

Como hipótesis concretas de daño moral derivado del divorcio en sí mismo, la doctrina propone el resarcimiento de la soledad a que se vea constreñido el cónyuge inocente, particularmente cuando se ha alcanzado cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable; por el demérito que pueda ocasionarle en la vida de relación la circunstancia de hallarse sola, por la eventual desconsideración que en algún medio social pueda aún existir hacia el divorcio; por la ausencia de apoyo espiritual en la dirección del hogar y de los hijos; o bien por la pérdida de chance matrimonial que sufre el divorciado inocente, bien que dejando a salvo que este último supuesto se ve diametralmente alterado a partir de la vigencia de la ley 23515. A esa multiplicidad de eventualidades lesivas dentro de la esfera extrapatrimonial, Méndez Costa agrega las conectadas con la existencia de los hijos, configuradas por “...la repercusión que la separación de los padres tiene sobre estos (los “huérfanos del divorcio”), que se proyecta sobre el padre o la madre”; o el daño moral padecido por el cónyuge que, aún inocente en el divorcio se ve privado de la tenencia de los hijos, pues nuestra legislación en su artículo 206 del Código Civil se inclina por “el mas apto de los progenitores”⁵.-

Los juristas Francisco Carlos Cecchini y Edgardo Ignacio Saux, en su obra: “Divorcio, Prejudicialidad y Responsabilidad civil por daños entre cónyuges”, están de acuerdo en permitir la procedencia de la responsabilidad por los daños provocados por las causales que dan origen al divorcio, pero no por el divorcio en sí mismo, porque entienden que éstos últimos daños se encuentran reparados en las sanciones propias del derecho de familia, como ser la exclusión sucesoria, el régimen alimentario, la exclusión del hogar, etc.,.-

En el fallo dictado por la Cámara Nacional Civil, sala C del 17 de mayo de 1988, en la causa: “L: de P., M. S. c. P., J. C. D.” el doctor Alterini opinó sobre esta distinción: “...Se distingue en cuanto a los perjuicios reparables, los daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio de aquellos emergentes del divorcio en sí mismo. No obstante reconocer que en el derecho comparado hubo mayor resistencia para admitir el resarcimiento de los daños derivados del divorcio, que con relación a los vinculados con los hechos que lo fundan, de todos modos se propicia que se resarzan ambos...Con similar tesitura el despacho mayoritario en las Jornadas Australes de Derecho suscripto por los doctores Belluscio, Zannoni, Mendez Costa, Kemelmajer de Carlucci y Freytes, concluyó: “En nuestro derecho positivo son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y el daño moral que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños tanto los derivados de los hechos o

conductas constitutivos de la causal de divorcio, cuanto los que provoca el divorcio mismo”. Advierte López del Carril “que no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho, son reparaciones distintas e independientes de acuerdo con la calidad, desenvolvimiento, profundidad y proyección de esas consecuencias”

CAPITULO 2

ANTECEDENTES

En el derecho romano, en la época imperial, los divorcios aumentaron junto a la corrupción que invadió a Roma después de su expansión. Para impedir su frecuencia cada vez mas descarada, se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente, siendo éste quien recibía la suma de dinero, surgiendo claramente su carácter resarcitorio, además del punitorio. El derecho justiniano siguió la misma senda. Se aplicaba al cónyuge culpable una sanción pecuniaria que resultaba de significación para las clases pudientes; al punto de que era eficaz para disuadir al cónyuge de su propósito de romper, injustificadamente, el vinculo matrimonial. Es de notar que se sancionaba igualmente al hombre y a la mujer. Además existía una sanción de naturaleza penal, privativa de la libertad, como era la reclusión forzada en un convento. En cuanto a las sanciones del derecho civil consistía en que el marido que repudiaba sin causa debía entregar a su mujer una parte de su patrimonio equivalente a la tercera parte de las donaciones prenupciales. Además, el marido perdía la donación posnupcial si existían hijos del matrimonio. Si no había dote, la mujer repudiada recibía la cuarta parte del patrimonio del marido, ya en usufructo, ya en propiedad. Si era la mujer la que repudiaba, perdía la dote, el marido la adquiría en plena propiedad o en usufructo, según hubiera o no hijos. Y como debía quedar recluida en un convento, el resto de su patrimonio se distribuía de la siguiente manera: un tercio para el convento y dos tercios para los descendientes o ascendientes.

En la legislación española encontramos el antecedente en La Partida VII, título XVII, ley 15, imponía a la mujer culpable de adulterio, junto con las penalidades corporales, la pérdida de la dote y las arras, con concepto evidentemente indemnizatorio⁶.-

Los primeros antecedentes referidos a la responsabilidad civil derivada de la separación personal y del divorcio vincular, fueron emitidos por Rébora quien en 1924 inauguró los estudios sobre la responsabilidad por daño moral en las relaciones de familia.-

Pero en el Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino por Bibiloni, se comenzó a perfilar la tesis negativa a cualquier posibilidad de resarcimiento civil ante dicha situación. Los fundamentos fueron que no podía ser el matrimonio fuente de

lucro, que el derecho de familia tiene una especialidad que excluye la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad y pesa fuertemente el silencio al respecto por parte del codificador.- Juan B. Bibiloni, en su Anteproyecto, coherente con su postura de eliminar del artículo 1078 del Código Civil toda referencia al daño moral, manifiesta lo siguiente: *"la conciencia moral se subleva ante los reclamos del marido que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado"*⁷.-

Los primeros fallos en la materia excluían de todo tipo de resarcimiento a favor del cónyuge inocente por el cónyuge culpable. Los que pregonan la postura negatoria sostenían que eran “inadmisible los reclamos del marido que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado”, o bien “resarcir la mala elección”, etc.-

En el mes de abril de 1942 la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal confirmó el rechazo de primera instancia respecto de la acción que por daños y perjuicios dedujera el cónyuge víctima de presunto adulterio contra la persona a quien atribuyó ser cómplice de su esposa. Dicho fallo aparece más bien neutro, en lo que hace a una interpretación que indague de él su captación o rechazo en cuanto a la existencia de la responsabilidad que nos ocupa. En efecto, el juez preopinante dijo: “El punto en discusión, si bien novedoso para nuestra jurisprudencia, ha dado motivo a numerosos fallos de los tribunales franceses, como lo hace notar el juez. En diversos artículos publicados en la “Revue Trimestrielle de droit civile”, Demogue comenta fallos de la Corte de Casación y de las Cámaras de Apelaciones regionales, uniformes en cuanto al derecho del marido ultrajado en cuyo favor se ha dictado el divorcio para reclamar del cómplice del adulterio el resarcimiento de los daños causados. Es, en cambio, contradictoria y casuística la jurisprudencia sobre las indemnizaciones que un cónyuge puede demandar a otro cónyuge por haber violado las obligaciones inherentes al matrimonio”. Finalmente por juzgarse que se incumplió con los requisitos necesarios para la procedencia de la acción: “pues no se ha probado el hecho ilícito, ni la imputabilidad, como tampoco la relación de causalidad entre el adulterio y los daños que se dicen ocasionados” concluye confirmando el rechazo fallado por el juez de grado. Como se advierte, hasta ese momento, el único daño que se admite (aunque en la especie se lo rechace) es aquel que se le atribuye al tercero cómplice del cónyuge autor de adulterio, no así la responsabilidad por los daños entre cónyuges por violación de las obligaciones matrimoniales, de la cual se recuerda que la jurisprudencia francesa es contradictoria y casuística. En síntesis en este caso concreto no se puede discernir claramente cual es la postura del Tribunal atento a que no revela expresamente su aceptación o rechazo, ya que, sostiene el mismo, que no se han probado el hecho ilícito,

la imputabilidad, como tampoco la relación de causalidad entre el adulterio y los daños que se dicen ocasionados⁸.-

En marzo del año siguiente, 1943, el mismo Tribunal, rechazó por las mismas razones, por no haberse probado los presupuestos de la responsabilidad reclamada, la demanda que la esposa dedujo contra su cónyuge a quien atribuyó adulterio.-

En julio de 1957 el Dr. Guillermo A. Borda siendo Juez de Primera Instancia Civil de la Capital Federal, pronuncia una sentencia polémica, porque a la vez que admite la existencia de un hecho ilícito niega la procedencia de la acción por ser contraria a la moral y a las buenas costumbres. Así fallo: ...”no creo que pueda invocarse validamente el artículo 1109 del Código Civil. Es verdad que ha habido un hecho ilícito; es verdad que eventualmente pueden originarse perjuicios económicos al marido engañado. Pero la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra, es contraria a la moral y a las buenas costumbres y no puede ser acogida por los Tribunales. De igual modo que en muchos casos, serán indudables los daños y perjuicios sufridos por la novia engañada por su prometido, no obstante lo cual la ley le niega acción de resarcimiento...”, para concluir en que “...la acción instaurada en éstos autos cae así por su propia base...”. El fallo niega entonces acción resarcitoria, aún cuando exista un hecho ilícito y daño en su consecuencia; todo por que lo impedirían la moral y las buenas costumbres⁹.-

La Cámara Civil, sala D en fallo del 11 de Diciembre de 1970 decidió que no procedía admitir el agracio moral si el marido demandado no ha “actuado con intención de vejar a su esposa, sino en la forma como entendió que le asistían facultades para defenderse de lo que estimaba una demanda injusta. El mero antecedente de que resultara el divorcio declarado por su culpa y los hechos que determinan no bastan para condenarlo a indemnizar a la accionante”¹⁰.-

Las Primeras Jornadas Australes de Derecho, realizadas en Comodoro Rivadavia, en 1980, se realizaron las primeras ponencias sobre el tema en cuestión. El despacho mayoritario suscripto por los doctores Belluscio, Freytes, kemelmajer de Carlucci, Méndez Costa y Zannoni se recomendó: “1) En nuestro derecho positivo son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y el daño moral que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños, tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivas de la causal de divorcio, como los que provoca el divorcio mismo”; 2) la indemnizabilidad del lucro cesante no comprende la reparación de perjuicios estimados sobre la base de los ingresos o la fortuna del cónyuge culpable, de lo que habría continuado participando también el cónyuge inocente en el futuro si la unión matrimonial se hubiese mantenido; 3) es indemnizable al cónyuge inocente el perjuicio cierto que provoca la liquidación anticipada de la sociedad conyugal; 4) no es

procedente la reclamación de daños y perjuicio en el caso de que los cónyuges han requerido el divorcio por el procedimiento del artículo 67 bis de la ley de Matrimonio civil, aún cuando se admitiere la atribución de culpa unilateral”¹¹.-

Las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, llevadas a cabo en Mercedes, en junio de 1983, el contenido en cuestión fue tratado en el Tema V, apartado V: ...”sin perjuicio de los efectos comunes, el divorcio decretado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges puede dar lugar al resarcimiento de los daños causados al inocente, trátase del agravio que constituyó la causa del divorcio en sí, como de los perjuicios que acredite en virtud de la disolución anticipada del matrimonio si así se demandare. Vota en contra de esta posición la Dra. Violeta Laura Mellado”¹².-

El 7 de abril de 1983, dictada por la Cámara Primera Civil y Comercial de Apelaciones de La Plata, sala II, en los autos: “A., A. c. A., M. N.”, resuelve por primera vez, de manera favorable una petición de daños originados en una sentencia de divorcio, condenando a la cónyuge adúltera al pago del daño moral pero rechazando el daño material por entender que los mismos no se encontraban debidamente probados.-

Este fallo argumenta: ...”La causal de adulterio, que dio pie al divorcio, causa indudablemente daño moral al actor, en los términos del artículo 1078 del Código Civil. Debe así entenderse que ha sufrido daño moral el cónyuge que no solo ve quebrantada la fidelidad conyugal por las relaciones sentimentales de su consorte, sino cuando ello adquiere estado público dentro de su círculo de actuación. No impide el resarcimiento por daño moral, en concepto de reparación por el daño ocasionado por el adulterio del consorte que dio origen al divorcio, la circunstancia que luego el cónyuge inocente pueda formar nueva pareja desde que esa unión –dentro del estado actual de la legislación Argentina - no es equiparable a la que se ha destruido, sino, muy por el contrario, determinante de los graves efectos señalados por el artículo 71 bis de la ley 2393. El otorgamiento de una reparación en concepto de agravio moral al cónyuge que ha sido dañado por la conducta de su consorte encuentra fundamento en el artículo 1078 del Código Civil, texto al que no se opone ninguna otra norma ni por vía de paralización de sus efectos ni condicionamiento de su procedencia ni limitación de sus efectos. La indemnización que se fija al cónyuge que ha sufrido el daño moral por la conducta antimatrimonial de su compañero no afecta la moral, el orden público, las buenas costumbres ni es incompatible con el espíritu de la legislación Argentina: lejos de estar prohibida por la ley, siquiera en forma implícita, esta autorizada por ella en forma expresa en el artículo 1078 del Código Civil, ordenamiento que el sentenciante debe aplicar cualquiera sea su posición racional o afectiva hacia la solución, excepto dejar a salvo su opinión, desde que su misión no es juzgar las leyes sino acatarlas para lo cual

se ha comprometido por juramento (artículo 18 y 31, Constitución Nacional; artículos 21, 953 y argumento del artículo 14 inc. 2 del Código Civil). El deber de fidelidad mencionado por la ley 2393 en el artículo 50 no tiene obviamente naturaleza patrimonial, pero la infracción de uno de los cónyuges a ese deber producida por su adulterio en los términos del artículo 67 inciso 1 de dicha ley, como es el caso bajo juzgamiento, ocasiona en el consorte ofendido padecimientos psíquicos y sanciones sociales –todo lo injustas que ellas puedan ser-, que no pueden valorarse sino como agravio moral cuya “reparación”, utilizando los términos de la ley, esta prevista expresamente en el artículo 1078 del Código Civil mediante su patrimonialización. Con ello va dicho que no hay ruptura de la idiosincrasia del Derecho de familia desde que el deber resarcitorio encuentra su fundamento en otro terreno. La idea del divorcio sanción en nada interfiere con la decisión de acordar resarcimiento patrimonial por el daño sufrido, a raíz del adulterio incurrido por uno de los consortes y que dio lugar al divorcio, por el contrario, este deber se ordena en las consecuencias que, derivadas de la conducta culposa o dolosa del cónyuge que dio motivo al divorcio, debe afrontar dicho infractor, tales como revocación de las capitulaciones prematrimoniales, así como la pérdida de la vocación hereditaria. Lo que no es admisible es sostener que la ley de matrimonio constituya un plexo autónomo y cerrado, no puede olvidarse el artículo 1 de la ley 2393 que modifica el Código Civil...”

Este fallo ha sido comentado por el Dr. Jorge Mosset Iturraspe¹³, en donde se hace dos cuestionamiento: a) ¿Si ese obrar ilícito ya tiene sanción que no es otra cosa que la sentencia de divorcio? y b) ¿Si las antijurididades familiares son extrañas a la sanción patrimonial o económica, mereciendo solamente sanciones específicas del derecho de familia?.-

- a) El divorcio sanción puede darse con daños y sin ellos, y no se está castigando dos veces con sanciones diferentes al mismo obrar, sino que cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico, el divorcio el aspecto familiar y la indemnización el aspecto patrimonial, que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica haciéndola víctima de un detrimento o menoscabo.-
- b) No hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños. Que es un principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y que ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector. No es justo otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad. Además aclara que la obligación de prestar alimentos del cónyuge culpable al inocente no tiene como finalidad reparar el daño sufrido,

sino sustituir el apoyo económico que un cónyuge prestaba al otro durante la vida en común. Con la indemnización no se está pagando un precio a los sentimientos conyugales heridos, ni será, por lo normal la finalidad buscada con el divorcio; es una consecuencia accesoria, si se quiere, nacida de los efectos laterales o conexas con la violación de los deberes matrimoniales.-

El 8 de Agosto de 1986, la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, sala II, por los fundamentos del miembro relator doctor Juan C. Delfino, falló declarando la improcedencia del reclamo, apoyando el decisorio en el silencio contenido en la legislación vigente en materia de matrimonio, por entonces todavía la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), respecto de toda acción resarcitoria más allá de la expresamente admitida. Así se dijo que: “El hecho ilícito ‘latu sensu’, aunque causa daño, no basta por sí solo para habilitar la acción de daños y perjuicios, porque es necesario –además- que el legislador haya previsto especialmente el daño que padecemos. Las normas que rigen la responsabilidad civil extracontractual no tienen carácter “complementario”, esto es, no pueden ser utilizadas por el intérprete para dar perfección, completo o acabamiento a una regulación jurídica cuando consta la voluntad cierta del legislador de excluir la acción de daños y perjuicios¹⁴.-

En el mismo año 1986, con fecha 5 de diciembre, la sala B de la Cámara ut-supra mencionada, produjo un debatido pronunciamiento. En el caso, ante la falta de consumación del matrimonio por la negativa del marido en celebrar el matrimonio religioso, la doctora Teresa M. Estévez Brasa propició por declarar la nulidad del matrimonio, pero admitiendo el resarcimiento del daño moral provocado a la esposa del renuente. El doctor Rómulo Vernengo Prack votó por la declaración del divorcio por culpa del marido por la causal de injurias graves y por aceptar el reclamo resarcitorio por daño moral derivado de la frustración causada por el esposo de la ceremonia eclesiástica. El tercer votante, doctor Hugo Molteni adhirió en lo primero al doctor Vernengo Prack, pero disintió con la procedencia del daño moral admitido. Dicha sala, ante la disparidad de los votos entendió que las mayorías y parciales disidencias llevaban a computar como decisión de la sala primera, la declaración del divorcio por culpa del marido, con indemnización del daño moral.

En abril de 1988, la misma sala B de dicho Tribunal de Alzada, con el primer voto de la doctora Estévez Brasa y la adhesión del doctor Martín de Mundo (sin razones propias), falla en sentido opuesto, esto es negando procedencia al reclamo indemnizatorio por daño moral derivados del divorcio. Por entonces, ya en vigencia la nueva ley de matrimonio civil 23515. Allí se dijo: “En los juicios de divorcio, no corresponde la reparación por las siguientes razones: a) la aplicación genérica de los

principios de responsabilidad civil (artículo 1078, Código Civil) no puede viabilizarse en una materia específica como el derecho de familia; b) ni Vélez ni la ley 2393 (actualmente ley 23515) han consagrado éste aspecto indemnizatorio, diferenciando claramente el supuesto de divorcio del de nulidad; c) el derecho de asistencia y los alimentos que establece el artículo 218 del Código Civil (ref. ley 23.515), difieren claramente de la norma que acuerda indemnización en caso de nulidad; d) no pueden asimilarse el supuesto de divorcio al de nulidad; e) la ley 23.515 no incorporó éste supuesto de indemnización. En los juicios de divorcio, acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria por daño moral aparecería como aval judicial a una corriente enrolada en ese permisivismo y facilismo que en forma lamentable invaden la sociedad actual; ya que significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos. Como se advierte el fallo incorpora un nuevo concepto para sostener su negativa, la idea de que no procede repararse el daño sufrido, derivado de una mala elección al tiempo de contraer matrimonio.-

El mismo año, 1988, otra sala del mismo Tribunal, en la causa: “Linzuin de Paludi M. S. c/ Paludi s/ divorcio, con los votos en mayoría de los doctores Jorge Alterini y Agustín Durañona y Vedia y en disidencia el Dr. Santos Cifuentes, admitió la indemnización por daños sufridos, basándose en el carácter general de las normas de responsabilidad civil contenidas en los artículos 1077 y 1109 del C. Civil y en relación al daño moral en el artículo 1078, por advertirse en las causales de divorcio verdaderos actos ilícitos, no hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños. La ausencia de normas particulares en materia de divorcio no puede ser aducida para inhibir la indemnización.

El doctor Alterini en el mencionado caso dijo: “La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de divorcio promovida por la esposa y lo declaró por culpa exclusiva del marido demandado, como autor de las causales de injuria grave y de abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, otorgándole a la madre la tenencia definitiva del hijo menor del matrimonio. En cambio, rechazó la reparación de daños reclamada. Las costas de la indemnización descartada las impuso a la actora“.-

El juez esgrimió para rechazar la petición en tratamiento que “la reparación pedida ...está configurada... por toda la legislación alimentaria, que es de amplia interpretación y que resulta la más ajustada condena que recepta el cónyuge culpable, meritando su naturaleza y su trascendencia. Es decir, considero que admitir ese reclamo, significa la imposición de una doble condenación, frente a un mismo hecho. Y no impide ésta solución inclusive, la circunstancia de que el emplazado no compareció al

juicio, permaneciendo en rebeldía, pues estimo que la solución a que arriba se compadece con el hecho de no encontrarse legislado expresamente el rubro, como ya quedó dicho y no compadecerse –a mi juicio- con la idiosincrasia del derecho de familia...”.-

La actora en su memorial, si bien dice quejarse por no haber sido admitidos tanto el daño moral como el materia, en realidad se limita a puntualizar daños de orden moral. Así alude a los “padecimientos” soportados como consecuencia del abandono que luego caracteriza como “psíquicos” y en esa línea de ideas en tres oportunidades apoya sus solicitud en el artículo 1078 del Código Civil.-

La tendencia autoral que acepta la indemnización se basa en el carácter general de las normas del responder civil contenidas en los artículos 1077 y 1109 del Código Civil, y en relación al daño moral en el artículo 1078, por advertirse en las causales del divorcio verdaderos actos ilícitos. En ese sentido ha dicho Mosset Iturraspe “que no hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños ... es un principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y que ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector. No es justo otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad. Aunque en general están en juego hechos ilícitos dolosos, se admite también el resarcimiento frente al obrar negligente, meramente culposo, o sea tanto para los delitos civiles, como para los cuasidelitos...”.-

El doctor Alterini continua diciendo que no cabe analizar el daño material, atento que ni en el escrito de interposición de demanda, ni en el memorial, se esbozó siquiera una precisión sobre cuales serían los perjuicios de esa naturaleza que se impetran. Refiriéndose al artículo 330 inciso 3 y 5 del Código Procesal Nacional la petición debe formularse con exactitud y en términos claros y positivos. Además dicho cuerpo normativo en su artículo 163 inciso 6 impone que la sentencia se dicte de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, debiéndose respetar el principio de congruencia.-

“La indemnización sobre la cual debe mediar decisión del Tribunal es entonces exclusivamente la del daño moral. Incluso en este plano es menester otra precisión, que ciñe aún más la extensión del reclamo de la actora; me refiero a que los daños morales que se peticionan son los conectados con los hechos constitutivos de las causales del divorcio, y no los derivados del divorcio en sí mismo, a tenor de la esencial distinción recogida en el considerando 4º del presente voto. La mención de los padecimientos psíquicos que menta la apelante, tanto en el memorial como en la expresión de agravios,

es correlacionada en esos escritos con la conducta del demandado durante el matrimonio, específicamente con el abandono que la sentencia tuvo por acreditado.

Si bien el divorcio por culpa del demandado progresó por las causales de injurias graves y de abandono voluntario y malicioso, en verdad la conducta endilgada al esposo consistió en la desatención de sus deberes matrimoniales consiguientes a su abandono voluntario y malicioso y en particular en su renuencia a las prestaciones alimentarias, lo que derivó en la querrela criminal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”.-

“Limitada la cuestión traída a la alzada a la resarcibilidad de los daños morales conectados con los hechos que desencadenaron el divorcio, más no con las consecuencias de tal divorcio, la ausencia de normas particulares en materia de divorcio no puede ser aducida para inhibir la indemnización. No puede acudirse al silencio en la regulación legislativa de los efectos del divorcio (en el régimen legal vigente, ya se trate de efectos de la separación personal –artículo 206 y siguientes, ley 23.515 –ya del divorcio vincular –artículo 217 y siguientes.) para obstar a un resarcimiento que si bien tiene conexión circunstancial con ese divorcio, en realidad se correlaciona con el acto ilícito que condujera a su declaración”.-

En conclusión el voto del Doctor Alterini determinó que: “en orden a los aspectos resarcitorios concatenados con los actos ilícitos que desencadenaron el divorcio, la regulación debe captarse en los principios generales de la responsabilidad civil (artículos 1077, 1109, 1078 y concordantes del Código Civil).-

La satisfacción de la víctima del daño moral generado por los hechos que desencadenaron el divorcio, no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor, lo que explica que si se atiende a las finalidades indemnizatorias deba imponerse en forma paralela el correspondiente resarcimiento.-

Los presumibles padecimientos y aflicciones que debió haber soportado la esposa por la desatención de su marido de elementales deberes matrimoniales, que culminaron con el abandono voluntario y malicioso de su consorte y su negativa al débito alimentario, conformaron nítidos agravios morales que deben ser resarcidos con sujeción al artículo 1078 del Código Civil”¹⁵.-

En la misma causa el doctor Cifuentes se inclinó por la negativa y expresó:

“A mi modo de ver es sumamente importante lo que ha enseñado el doctor Díaz de Guijarro, sobre la especialidad del derecho de familia y la necesidad, en esto de las reparaciones, de no mezclar los problemas, para no entorpecer ni debilitar las instituciones en lo que tienen de propio y diferente”.-

“Parto de esa posición que se me ocurre ilevantable, pues el matrimonio como acto jurídico, trayectoria vital, derechos y obligaciones que lo acompañan, pero, particularmente , causales de rompimiento en el origen y entraña de la desunión que lleva al divorcio de los cónyuges, no tiene ni por asomo semejanza con lo que ocurre en otro ámbitos negociales, ni con lo que ocurre frente a la responsabilidad por hechos ilícitos o por incumplimientos contractuales. No es igual, ni lo puede ser la injuria de la calle, la lesión personal y el ataque o la ofensa a la persona, o la mora contractual que la injuria del cónyuge y en general la generación de las causales que motivan la separación y el divorcio. Y no es lo mismo porque en un caso se necesita el daño, la imputabilidad y la autoría (voluntad sana) –previo examen de la relación de causalidad-, para que nazca el correspondiente derecho a obtener la reparación. En el otro hay una conjugación de comportamientos recíprocos singulares, que parten de la muy entrañable pasión del amor y que llegan al trato de todos los días, en la convivencia (casa, mesa y lecho); en la interferencia intersubjetiva (al decir Cossio) del hombre y de la mujer unidos en matrimonio)”.-

“El solo desamor (intencionado o inculpable) puede ser causa de injurias y de divorcio. Porque el matrimonio quiere actitud tolerante, mucho más allá que la tolerancia corriente, comprensiva de aquellas cosas que común e individualmente al ser humano no se le exige que comprenda; íntima, con una intimidad que sobrepasa la del sujeto solo; compenetración entre dos, como consecuencia de la multiplicidad permanente de momentos comunes, de aspiraciones conjuntas, de proyectos compartidos, que es mucho más asidua y acendrada que cualquier unión de personas por la amistad, sea por los negocios, por aspiraciones intelectuales, etc.”.-

“Pues bien, la ruptura de todas esas filiaciones espirituales, tan especiales y delicadas, o de alguna tan solo, puede ser la causa de la ruptura, del enojo y de la culpa; por contrapartida de la inocencia declarada en un fallo judicial. Ninguna, por sí sola a margen de la unión matrimonial y sus implicancia, podría generar un derecho al resarcimiento de daños materiales o morales. De ahí que, me convence la idea de la especialidad en el orden jurídico y la necesidad de aguzar los sentidos y la interpretación, cuando se pretende trasladar la solución común al desenlace matrimonial”.-

“Frente al divorcio y la declaración de inocencia no hay bases como para sostener la aplicación de las normas comunes de responsabilidad por daño moral y condenar a una satisfacción pecuniaria añadida a las que ya la ley contempla. Pero, otra cosa pueden ser los hechos que llevan al divorcio, si esos hechos tienen una expansión y

gravedad que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución, entrañen un verdadero daño moral a la persona del cónyuge”.-

“En concreto, el divorcio no es causa de resarcimiento, pero los hechos que llevaron al divorcio, cuando ellos tienen fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, podría verse, además malgrado la unión conyugal, una lesión al bien moral que debe ser compensada con carácter autónomo. Así, por ejemplo la causal fue motivo de divorcio, pero los hechos que la configuraron tuvieron una repercusión dañosa que se agrega: insulto en público de amigos con un verdadero escándalo, endilgando immoralidades muy bajas. No es igual que el cónyuge le diga a su mujer ese insulto en reductos más o menos cerrados, a que lo proclamen en público (sos una r....; un p....). El adulterio manifestado, desembozado, de modo tal que se produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge. Los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves (hospitalizaciones; tratamientos médicos, etc., y hasta incapacidades futuras)”.-

“Aunque nuestra ley no lo haya previsto, según se ha visto, tales consecuencias de los actos, que van más allá de la culpa en el divorcio para entrar en el campo del ataque personal, o sea unidos a esa culpa pero separables por sus consecuencias en el daño a la persona en virtud de la gravedad de los hechos, se vienen a mezclar los terrenos jurídicos y aquí, si, aparte del divorcio, me parece de toda justicia amparar los derechos personalísimos heridos aplicando las normas del Código. Pero tiene que tenerse en cuenta por el juzgador la índole dolosa y acentuada del ataque, que sobrepase la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras. Pues, en estos supuestos de gravedad se penetra en los dos regímenes, el matrimonio por un lado, con el divorcio como término final, y el daño a la persona al margen del divorcio que no puede quedar impune, pues se ha sobrepasado la protección y el derecho del inocente que viene por línea del régimen normativo de la familia”.-

Termina concluyendo el doctor Cifuentes en dicha causa que no es admisible la demanda de daños y perjuicios. Expresa que: “las causales fueron el abandono voluntario y malicioso y la injuria que importó el incumplimiento del deber de pasar alimentos. Por más atribuida que quedare la cónyuge, eso no escapa a la ruptura matrimonial por divorcio, pues con el abandono no se advierte alguna actitud del marido dañosa más allá de lo propio de las obligaciones matrimoniales para caer en hechos que hieren a la persona por ella misma. Así se observa que queda reparado con la admisión de la causal de injuria y la condena a pasar esos alimentos desde el tiempo que corresponde según la ley, es decir, con retroactividad.”-

Se ha sindicado un culpable que ya no hereda al inocente; éste guarda la tenencia del hijo menor; tiene derecho a alimentos; conserva su vocación hereditaria; privilegia su vivienda y tiene en su haber una declaración de inocencia que en lo espiritual lo conforma. Continúa el doctor Cifuentes manifestando que: “los hechos del culpable no me parecen tan graves como para sostener que, aparte de la relación matrimonial fracasada por su causa, han tenido especial condición su comportamiento en el orden personal. No creo que se pueda desorbitar el régimen especial del matrimonio y del divorcio, para entrar en el común de daños a la persona”.-

En el tercer voto se pronunció el doctor Durañona y Vedia apoyando la tesis afirmativa, expresando: “...Por lo tanto, no es desacertada la base interpretativa de la tesis positiva en el tema que nos ocupa, en cuanto a que si los propios hechos imputables a uno de los cónyuges que merecen las sanciones propias del derecho de familia (divorcio por su culpa, separación de bienes, pérdida de la vocación hereditaria, obligación alimentaria, etc), también reúnen los elementos de los hechos ilícitos, de acuerdo con los artículos 1066, 1067, 1072, 1077, 1078, 1109 y consecutivos del Código Civil, no han de ser excluidos como fuente de la obligación de reparar los daños materiales y morales que tengan relación de causalidad adecuada. Una invocación tan general, como la especialidad de las normas del derecho de familia, que es principalmente didáctica. No sería suficiente para ceñir las sanciones a ese ámbito exclusivo...”.-

En junio de 1990, la sala B, de la misma alzada, con el primer voto de la doctora Estévez Braza y la adhesión de los doctores Jerónimo Sansó y José Martín del Mundo, mantiene su criterio en cuanto la improcedencia del resarcimiento por daño moral derivados de los hechos causantes de divorcio. El fallo, con el aporte del doctor Sansó, amplía lo dicho ya en su propio precedente en cuanto a que : “...el rechazo de la pretensión no implica desconocer posible fundabilidad a aquellos emprendimientos originados en perjuicios ajenos a los que resulten de la quiebra matrimonial, y que circunstancialmente sean concomitantes o coincidentes con ella. Imagino el supuesto en que el divorcio tenga como causal, por ejemplo, las lesiones que uno de los cónyuges infligió al otro, y que configurando injuria le ocasionen a la vez un daño físico, como la pérdida de un miembro, que no quedaría justamente reparado con una cuota alimentaria...”.-

El 8 y 9 de noviembre de 1990 se realizaron en Santa Fe las Jornadas de Derecho Civil , Familia y Sucesiones, donde en la conclusiones de la comisión N° 1 al tratarse las cuestiones de responsabilidad en el derecho de familia, resolvieron en dos despachos que expresaron:

“...Despacho A: La responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad (Firmado: Adorno, Giangreco, Velazco, Medina, Carlucci, Pérez de Morales, Deppeler, Brebbia, Duchowna, Palacio, López Cabana, Alterini, Lloveras de Resk, Saux)”.-

“...Despacho B: La responsabilidad civil por daños e instituciones propias del derecho personal de familia (léase matrimonio, divorcio, filiación) excluye la aplicación de los principios generales propios de aquella responsabilidad (Firmado: Pettigiani, Di Lella, Borda)”.-

En Agosto de 1991, la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, sala B, ahora con el primer voto del doctor José Martín del Mundo, al que adhirieron los jueces Jerónimo Sansó y Lilia Germano, dijo:

“...Destaco que el adulterio constituye ilícito que por destituir la fidelidad definitoria del matrimonio en tanto institución, es acto ilícito (conf. artículo 118, CP y 1078, Código Civil). Luego rige la especie en orden a la reparación debida, el artículo 1078 mencionado, de donde la indemnización por daño moral, más allá de que se admita la causal de injurias graves, es procedente cuando, como en autos, la disolución consta institucionalizada por adulterio (conf. artículo 118 referido). Y concluyo que, acreditada la ilicitud queda inconducente distinguir entre cuasidelito y delito, respecto a suscitar el resarcimiento moral, máxime si según sucede en la especie, el adulterio evidencia, por ejecutado con intención y a sabiendas en dañar la fidelidad, calificación de delito (conf. artículo 1072, Código Civil)...”.-

En el mes de Octubre de 1992 se pronuncia la sala E del mismo Tribunal, en donde por el voto de la mayoría de sus miembros, doctores Mario P. Calatayud y Osvaldo D. Mirás, y con la disidencia del doctor Juan C. G. Dupuis, se confirma el fallo recurrido conforme el cual se rechazó la pretensión del resarcimiento por daño moral derivado del adulterio atribuido al demandado. El primer votante adhiere al criterio excepcional que ya fuera sostenido en minoría por el doctor Cifuentes, afirmando que: “Para lograr obtener la reparación pecuniaria del honor o la dignidad herida será necesario, entonces, que el cónyuge que ha recibido tales ofensas acredite fehacientemente en el expediente que ha mediado alguna de dichas situaciones exorbitantes. Caso contrario, habrá de considerarse –en mi concepto- que el daño no tiene suficiente envergadura como para ser sancionado, además de las derivaciones que surgen explícitamente de la ley mediante el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral”. Todo después de afirmar “que no cualquier molestia genera un daño moral

que merezca ser indemnizado... sino que es menester que tenga alguna prolongación en el tiempo y que lesiones sentimiento espirituales... máxime en supuestos como el de autos y en virtud de la especialidad a que antes me he referido ...”. El segundo votante reitera los argumentos vinculados a la especialidad del derecho de familia, que no contempla esta reparación, su diferencia con el supuesto de la nulidad del matrimonio, que en la ruptura siempre la culpa es de ambos y que, admitir esta acción “significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos” repitiendo las razones que motivaran a la doctora Brasa en los precedentes recordados. El doctor Dupuis disiente con tal construcción jurídica del caso. Con sustento en argumentos ya dados por los jueces que se han pronunciado por la afirmativa, replica las razones de la mayoría, sea respecto del principio de especialidad, del silencio del legislador por normas especial por este daño, por la desvinculación de lo normado en el artículo 165 del Código Civil, niega que haya una acumulación de reparaciones y finalmente, juzga que el supuesto de la especie resulta procedente la reparación por agravio moral. “...y en el caso, luego de analizar estas actuaciones, he llegado al convencimiento del profundo dolor moral, que debió soportar y que seguramente aún soporta la actora, quien luego de 25 años de casada, ya con nietos, incidentalmente se entera que su marido le engañaba con una empleada de la empresa que éste poseía con otros integrantes de su familia...”¹⁶.-

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, el 21 de mayo de 1993, para entender en autos caratulados: “V. G., O. c. T., A. C. S/ daños y perjuicios”, el Tribunal se planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?.-

A la cuestión propuesta el doctor Gustavo A. Bossert dijo: “...En el juicio de divorcio seguido entre las partes y que tengo a la vista, se dictó sentencia declarándolo por culpa del marido por las causales de adulterio y abandono voluntario y maliciosos; posteriormente tramitó la liquidación de la sociedad conyugal. Independientemente de ello, la cónyuge, invocando su inocencia en el divorcio, promovió la presente demanda donde reclama los daños y perjuicios derivados de los hechos constitutivos del divorcio y los derivado del divorcio...”.-

La sentencia de autos solo hace procedente la indemnización por el daño moral sufrido por los hechos que dieron lugar al divorcio.-

“...El demandado sostiene que no debe mantenerse la indemnización otorgada ya que nuestro Código Civil –“Ley de divorcio” lo llama el apelante- no contempla expresamente la reparación de los daños. Admitida en este caso, la procedencia de la indemnización, me parece necesario señalar que ella no cabrían frente a actos y modos

de conducta que son, simplemente expresiones de desamor, de pérdida del vínculo afectivo que indujo en su momento a la celebración del matrimonio; el desamor no se indemniza, los sentimientos y su evolución son ingobernables de manera que representaría una aplicación excesiva de los principios generales imponer el pago de indemnización frente a actos que, si bien pueden implicar un apartamiento de los deberes matrimoniales, en esencia no pueden ser considerados más que expresiones de la pérdida del vínculo afectivo; la indemnización ha de quedar reservada solo a conductas del cónyuge que, además de representar la violación de deberes matrimoniales, implican auténticos agravios al otro cónyuge, sin limitarse a ser solo expresiones de pérdida del vínculo afectivo. Pero en el caso de autos no se trató simplemente del abandono del hogar por parte del marido sino de su prolongado y estable concubinato con otra mujer, subsistiendo el vínculo conyugal, lo que cabe considerar que configuró un agravio a la cónyuge...”.-

“...Aduce el demandado que la actora no ha probado el daño moral que se indemniza. Este argumento carece de asidero, ya que el daño moral se colige, se acepta como producido, cuando se dan determinadas circunstancias que en el orden normal de los sucesos producen lesiones en bienes extrapatrimoniales, tales como el derecho al bienestar, la vida conyugal en paz, a la convivencia, a obtener respeto del otro cónyuge, etc.; ello sin perjuicio de que el modo en que se desarrolló la vida de la pareja deba ser considerado para la evaluación del monto de este daño...”.-

En dicho autos la actora se queja porque no se le concede los daños derivados del divorcio en sí mismo. La sentencia rechazó esta pretensión por considerar que superpondría tal indemnización, fundada en las normas generales de la responsabilidad extracontractual, con lo previsto en el artículo 207 del Código Civil. Al respecto el doctor Bossert no comparte la fundamentación sostenida por el a quo, ya que dice que el artículo antes mencionado prevé la prestación alimentaria a favor del cónyuge inocente con el objeto primordial de que ésta mantenga el nivel económico del que gozaba durante el matrimonio, sin embargo, independientemente del logro de este objetivo, puede haber daños particulares derivados del divorcio, por ejemplo a consecuencia de la liquidación anticipada de la sociedad conyugal u otros en tanto resulten probados, que no quedan satisfechos a través del mantenimiento en base al pago de una renta periódica, del nivel económico del que se gozaba durante el matrimonio y pueden dar lugar a indemnización, siempre que se pueda demostrar el daño sufrido.-

Concretamente en autos se falla haciendo lugar a la pretensión de daño moral, no así al daño material ya que esta comunidad careció de bienes, y solo quedaron algunos créditos de carácter ganancial frente a las masas propias de uno y otro cónyuge, sumado

al corto período que duró la unión (14 meses). El doctor Fernando Posse Saguier votó en el mismo sentido.-

El 20 de Septiembre de 1994 la Cámara Nacional de la Capital Federal, en pleno, se llama a pronunciarse sobre la siguiente cuestión: “Si 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”, a lo que la mayoría de los jueces opinantes sufragaron por la afirmativa.-

El Tribunal solo se pronunció (respetando el tema de la convocatoria), con relación al daño moral ocasionado por los hechos constitutivos de las casuales de divorcio enumeradas en el artículo 202 del Código Civil, que constituyen hechos ilícitos, siendo su consecuencia el deber de reparar los daños que ellos ocasionaron, por aplicación de los artículos 1077, 1078 y 1109 y concordantes del Código Civil. Se rechazó el argumento tantas veces expresado, de que la reparación de los daños significa una doble sanción al culpable, la restante sería el pago de los alimentos, pues el carácter asistencial de éstos constituye una cuestión distinta al carácter resarcitorio de la reparación. Rechazó asimismo, el tribunal, el argumento de la inmoralidad del reclamo, que relevante doctrina había afirmado.-

Con relación a la tesis minoritaria del pleno, Rivera afirma que el derecho de familia debe adecuar sus normas al derecho civil constitucional y respetar el rango superior del principio jurídico de no dañar de jerarquía constitucional y supranacional. Por otra parte dice Rivera, la especialidad que se le reconoce al derecho de familia no crea una rama distinta del Derecho, ni tampoco impide la aplicación de los principios generales, entre ellos, las reglas generales en cuanto a la responsabilidad, no habiendo esa especialidad impedido indemnizar los daños causados en materia de filiación, como el que deriva del no reconocimiento de un hijo extramatrimonial, y ello a pesar de la inexistencia de una norma específica. Con respecto a la explicación de que en materia de nulidades matrimoniales se hubiera establecido una norma expresa que admite la responsabilidad, resulta del hecho de la aceptación doctrinaria de la absoluta especialidad en esa materia y la no aplicación a ella de la teoría general de las nulidades, por lo que al bastarse a sí mismo el régimen de nulidades, era necesario establecer en forma expresa únicamente en ese supuesto, la responsabilidad por daños, lo cual no es así, en el resto del derecho de familia.-

Al ser este fallo pleno tan importante, para el tema en cuestión, las extensas y variadas razones que se expusieron, tanto en la postura afirmativa, intermedia como negativa, nos explayaremos de forma completa en el desarrollo conceptual del tema.-

A partir de este fallo pleno y la doctrina legal que de él emana, los precedentes jurisprudenciales se han encolumnado tras la aceptación de los criterios de la mayoría, con las variables que resultan propias de la casuística, tal como el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro, sala I de febrero de 1996, en donde, con la disidencia de doctor Roland Arazi, se niega procedencia a la acción resarcitoria por daños y perjuicios pretendida por el reconviniente por entender que en el supuesto de culpa concurrente en el divorcio “...ello no legitima a uno de los culpables a obtener resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable, quebrantándose el principio básico del artículo 1111 del Código Civil...”.-

En una sentencia dictada con fecha 4 de abril de 1997 por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, se resolvió la procedencia de la reparación del daño moral sufrido por la esposa con motivo del adulterio en que incurrió el marido durante el matrimonio, por haber ocurrido el hecho con una magnitud y publicidad escandalosa, sin límites, sin consideración hacia el otro cónyuge, es decir, con una entidad tal que produjo una afrenta a la dignidad y al honor del mismo. En cambio, se rechazó el reclamo por los daños y perjuicios derivados del divorcio en sí mismo, con un fundamento criticable, según la postura mayoritaria, pues se sostuvo que de hacerse lugar a ese reclamo “todas las personas que resulten inocente en un juicio de divorcio contradictorio podrían intentar una acción de daños y perjuicios”, así como que “el divorcio en sí mismo no es fuente de daños sino tal vez la única solución posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial”.-

También se ha resuelto que el comportamiento merecedor de la sanción por daño moral no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso de clara y excluyente inspiración nociva hacia el otro cónyuge. Por ello, no procede la indemnización del daño moral, aunque la conducta del marido fue injuriosa, cuando los actos deshonrosos se llevaron a cabo después de la separación de hecho, de modo que no afrentaron públicamente a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales. En similar sentido, se ha dicho que en los divorcios con atribución de culpa, no siempre es procedente la indemnización del daño moral producido al cónyuge inocente, correspondiendo, en definitiva, analizar los elementos de juicio que presenta cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que se alega. Igualmente, se ha resuelto que no todo disgusto, desagrado o contrariedad sufrido por el cónyuge inocente de la separación encuadra en el concepto jurídico de daño moral, pues para que ello ocurra debe existir una ofensa fuera de lo común.-

ANTECEDENTES EN TRIBUNALES ROSARINOS

La Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala 2ª integrada, el 11 de diciembre de 1995 en autos caratulados: “A., M. C. c/ C. R., L. A. s/ Daño moral se expresó:

“...I- Nuestro régimen jurídico (el Código Civil en su texto original, como las leyes modif.. 2393 y la vigente 23515), no han previsto como una consecuencia de la ruptura de la unión matrimonial, cuando la misma se ha debido a causa exclusiva de uno de los cónyuges, la posible indemnización al inocente, declarada aquella culpabilidad en la sentencia de divorcio”.-

“II- Partiendo de la especialidad del derecho de familia, y dada la inexistencia de regulación expresa en el texto legal como de una remisión al sistema reparatorio común por responsabilidad extracontractual o contractual, frente al divorcio y la declaración de culpabilidad en él de uno de los cónyuges, no existen razones que justifiquen la aplicación de las normas comunes de responsabilidad por daño moral, para condenar en base a ellas a una reparación pecuniaria en tal caso”.-

“III- El matrimonio como acto jurídico, trayectoria vital, derechos y obligaciones que lo acompañan, pero particularmente, causales de rompimiento en el origen y entraña de la desunión que lleva al divorcio de los cónyuges, no tiene ni por asomo semejanza con lo que ocurre en otros ámbitos negociales, ni con lo que ocurre frente a la responsabilidad por hechos ilícitos o por incumplimientos contractuales. No es igual, ni lo puede ser, la injuria de la calle, la lesión personal y el ataque o la ofensa a la persona, o la mora contractual, que la injuria del cónyuge, y en general la generación de las causas que motiva la separación y el divorcio, porque en aquellos casos se necesita el daño, la imputabilidad y la autoría (voluntad sana), previo examen de la relación de causalidad, hará que nazca el derecho a obtener la reparación, mientras que en el otro hay una conjugación de comportamientos recíprocos singulares, que parten de la muy entrañable pasión del amor y que llegan al trato de todos los días, en la convivencia (casa, mesa, techo), en la interferencia intersubjetiva del hombre y la mujer unidos en matrimonio”.-

“IV- El solo desamor (intencionado o culpable) puede ser causa de injurias o de divorcio, y que la ruptura de esos vínculos espirituales tan especiales o delicados que en el matrimonio condicionan la plena realización de los esposos: la necesidad de compartir, tolerar y comprender, de concretar proyectos y sostenerse el uno al otro, puede ser causa de la ruptura de la unión, del enojo y de la culpa, la contrapartida de la inocencia declarada en un fallo judicial, pero no necesariamente fuente de un

resarcimiento autónomo derivado de la aplicación de los principios de la responsabilidad extracontractual”.-

“V- En el análisis de los casos particulares, se puede discernir acerca de la reparabilidad de verdaderos daños que se hayan infligido por uno de los cónyuges al otro, pero en su calidad de persona. Es decir, que el divorcio no es causa de resarcimiento, las causales tampoco, pero los hechos que llevaron al divorcio, cuando tienen una expansión y gravedad –una fuerza dañosa muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge-, que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución, entrañen un verdadero daño moral, éste deber ser compensado con carácter autónomo”.-

“VI- Aunque la ley no lo haya previsto las consecuencias de los actos, que van más allá de la culpa en el divorcio para entrar en el campo del ataque persona, o sea unidos a esa culpa pero separables por sus consecuencias en el daño a la persona en virtud de la gravedad de los hechos, vienen a mezclar los terrenos jurídicos, y aquí, si, aparte del divorcio, parece de toda justicia amparar los derechos personalísimos heridos, aplicando las normas del Código, porque el daño a la persona, al margen del divorcio no puede quedar impune, pues se ha sobrepasado la protección y el derecho del inocente que viene por línea del régimen normativo de la familia”.-

“VII- Cabe, en el análisis de los casos particulares, discernir acerca de la reparabilidad de verdaderos daños que se hayan infligido por uno de los cónyuges al otro primordialmente en su calidad de persona con independencia de las pretensiones que naturalmente fundan la separación personal o el divorcio vincular. Lo coherente es distinguir adecuadamente el substrato ontológico del resarcimiento. Este no deviene del divorcio o porque el hecho dañoso sea causa de divorcio. la causa del divorcio, como tal, no tiene porque constituir causa de un resarcimiento de orden económico. Y si de resarcir se trata, el juez debe valorar si, además de las causas que condujeron a imputar a uno de los cónyuges, exclusivamente, la culpa de ese divorcio, existen daños resarcibles autónomamente, es decir, menoscabo de intereses jurídicos que son indemnizables aún cuando, por hipótesis, no se hubiera demandado, y obtenido, el divorcio”.-

El Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Rosario, hizo lugar a la demanda por indemnización de daño moral promovida por la actora contra su cónyuge, daño derivado de la conducta observada por el demandado en el juicio de alimentos que le siguiera, y de los hechos que dieran lugar a que en el juicio de divorcio, se dictara sentencia declarando la separación personal por culpa exclusiva del esposo, por las causales de abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves (luego convertido a

divorcio vincular a instancia del cónyuge culpable). El vencido dedujo recurso extraordinario que sustentó en las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 42 de la LOPJ, esto es apartamiento de la regla de congruencia procesal –por no contener declaración expresa acerca de una pretensión deducida oportunamente por él; y apartamiento manifiesto del texto expreso de la ley.-

Como planteo recursivo subsidiario, para el caso que el Superior mantuviese la condena por daño moral, pretendió se redujese el monto al mínimo, que estimó en \$ 1.000, adecuándose en tal caso la distribución de costas en proporción al éxito obtenido; y en un nuevo planteamiento subsidiario, de confirmarse el monto de condena (de \$20.000) se modifiquen las costas.-

El doctor Serralunga dijo: “...Siendo que existiría “violación de la ley”, cuando frente a una determinada situación de hecho, se prescinde de aplicar la norma que conceptualiza esa situación, eligiéndose otra norma cuyas menciones contemplan un supuesto distinto (Lino Palacio, Tratado de Der. Proc. Civil, T. IV, p. 156), estimo que, en el limitado ámbito del juicio de admisibilidad, una aproximación a lo sustancial –que no importa prejuzgar sobre la procedencia del recurso (cuestión propuesta en segundo término)-, permite considerar que el planteo del recurrente proporciona un mínimo de sustento para entender que el recurso debe ser abierto”.-

“Ello es así, en tanto se sostiene que en el texto expreso del Código Civil (conforme a las modificaciones de la ley 23.515) los efectos patrimoniales de la separación personal y el divorcio se encuentran perfectamente determinados (artículos 207 a 212 y 217/218), no incluyéndose la indemnización de daños y perjuicios; si en cambio prevista para la nulidad de matrimonio (artículo 225 Código Civil) y esponsales (artículo 165); -a lo que se agrega el rechazo en la Comisión de legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, de los proyectos que contemplaban el derecho del cónyuge que no diera lugar al divorcio a reclamar del culpable la indemnización de los daños material y moral, consecuente de los hechos que dieran lugar al mismo; y que ante ello el Tribunal Colegiado ha sustentado en derecho su decisión, en las normas sobre hechos ilícitos (artículos 1077, 1078 y 1079 del Código Civil) y una doctrina nacional que dice supuestamente mayoritaria, lo que haría que estuviese incurso en la causal invocada al recurrir. Por lo tanto a esta primera cuestión voto por la afirmativa...”.-

A la misma cuestión, es decir admisibilidad del recurso, el doctor Netri se adhirió a los fundamentos expuestos por el doctor Serralunga; no así el doctor Elena que votó por la negativa.-

Admisible el recurso extraordinario, se analizó la procedencia del recurso.-

El doctor Serralunga dijo: “...La cuestión planteada por el recurrente –conforme se ha expuesto precedentemente al tratar la primera decisión- es que: de acuerdo a nuestro derecho positivo, y por no existir disposición expresa al respecto, no sería posible reclamar la reparación del daño moral que se invocara haberse causado al cónyuge inocente por el culpable, por los hechos constitutivos de las causales que determinarían el divorcio. Reforzando esa argumentación, alega que respecto de la nulidad de matrimonio, si está prevista en la ley la indemnización de los daños y perjuicios a favor del cónyuge de buena fe, lo que evidenciaría que, la inexistencia de similar disposición en lo que hace al divorcio, (y ello, tanto en la redacción original del Código Civil, en la Ley de Matrimonio 2393 y la actual 23.515) no sería casual, sino reveladora del propósito del legislador no admitir ningún reclamo resarcitorio entre cónyuges con motivo del divorcio. Agrega también, a favor de su posición, la circunstancia de haberse rechazado en el ámbito legislativo, proyectos de ley que incluían el derecho del cónyuge inocente en el divorcio, a obtener la indemnización de los daños y perjuicios (incluido el daño moral) que fuesen consecuente de los hechos que determinarían la declaración del divorcio”.-

“Efectivamente, como lo señala el apelante, nuestro régimen jurídico (el Código Civil en su texto original, como las leyes modificatorias 2393 y la vigente 23.515), no ha previsto como una consecuencia de la ruptura de la unión matrimonial, cuando la misma se ha debido a causa exclusiva de uno de los cónyuges, la posible indemnización al inocente, declarada aquélla culpabilidad en la sentencia de divorcio”.-

“Ante tal silencio, la doctrina y la jurisprudencia se han pronuncia en sentido diverso. En las posiciones extremas en doctrina encontramos, por un lado, a quienes se oponen a la indemnización, ya fuere por razones de orden moral (como Bibiloni, Borda y Llambías), o porque, al no estar prevista en la ley, la especialidad del derecho de familia obstaría a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad por daños (como Díaz de Guijarro y Molinario); y por otro, a quienes son mayoría, y sostienen que la ausencia de normas particulares en la materia, no puede inhibir la indemnización, y ello con sustento en el carácter general de las normas de responsabilidad extracontractual, particularmente el principio de “neminem laedere” (deber genérico de no dañar), entre los que se encuentran Alterini, Barbero, Méndez Costa, Belluscio, Salas, Guastavino, D’Antonio, Bustamante Alsina, Kemelmajer de Carlucci, Andorno, Mazzinghi, Makianich de Baset, Cecchini, Saux, Mosset Iturraspe, López del Carril, Brebbia, Acuña Anzorena, etc.”.-

En dicho fallo el doctor Serralunga hace mención a importantes precedentes que fueron dándose en la jurisprudencia, como ser el voto del Dr. Santos Cifuentes, el doctor Gustavo A. Bossert, la opinión del doctor Eduardo A. Zannoni.-

En el caso de autos el doctor Serralunga estima que: entre los hechos que el tribunal que declarara el divorcio considerara probados y constitutivos de injurias graves del demandado hacia la esposa, más allá de determinar la culpa en el divorcio, entra en el campo del ataque personal a la cónyuge, y es el referido a la infidelidad manifestada públicamente a través de su relación con un persona que se pudo identificar, siendo acreditado por diversos testimonios, por cuanto de tal modo se produjo un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad de la esposa como persona, que corresponde ser reparado como un daño moral.-

El doctor Serralunga vota por rechazar el recurso de apelación extraordinario considerando que la condena al resarcimiento del daño moral no resulta en el caso violatoria del texto expreso de la ley.-

Si bien el Dr. Elena votó por la negativa de la admisibilidad del recurso extraordinario, igualmente se expidió por la procedencia del mismo y dijo:

“...La indiscutible peculiaridad del derecho de familia no se desmerece cuando fundándose en otras instituciones del mismo ordenamiento jurídico, se sostiene que es justo reparar el perjuicio resultante de la violación de los deberes jurídicos correlativos de derechos subjetivos del cónyuge afectado. Es que el deber jurídico de reparar no es susceptible de ser escindido en virtud de las cualidades del daño causado...”.-

“...La actora invoca en su demanda la lesión producida en los derechos subjetivos de la cónyuge ofendida como consecuencia del comportamiento del demandado, que culminara en la declaración del divorcio (v. fs. 7 y ss.). Así, pues, resultaría meramente académico que incursionara en mi voto sobre si la separación personal y el divorcio – por sí mismos- satisfacen los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual: antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación de causalidad. En efecto, es suficiente reconocer –como mi colega Dr. Serralunga- el carácter lesivo, generador de daño moral, de la infidelidad consumada por el cónyuge demandado, para concluir que el resarcimiento de dicho menoscabo dispuesto por el Tribunal Colegiado no configura apartamiento manifiesto del texto expreso de la ley. Así voto”.-

El doctor Netri se adhirió al voto del Dr. Serralunga, por lo tanto, se resuelve rechazar el recurso de apelación extraordinaria interpuesto, con costas al recurrente.-

Otro fallo de los Tribunales rosarinos, fue pronunciado el 16 de diciembre de 1998 por el Tribunal Colegiado de la 5ª nominación, en autos caratulados: “D., L. M. c/ J., O.S. s/ Daño moral.-

Dicho tribunal entendió que la incontestación de la demanda –aunque insuficiente para un pronunciamiento sancionatorio- crea sin embargo un módulo indiciario que si se viera corroborado por otros elementos probatorios no puede dejar de ser valorado por el tribunal. Tal es el criterio interpretativo que cabe en la órbita de procesos civiles, en los que la ley ha querido privilegiar la verdad real sobre la formal, asentada, esta última, en la autonomía de la voluntad que se yergue como regla de oro en el ámbito civil, pero que se repliega en procesos como el del divorcio sanción, hoy coexistente con el sistema del divorcio remedio. Es por esto que conforme lo dispone el artículo 143 del CPC, deben ser tenidos por ciertos los dichos de la demanda, pero deben ser evaluados dentro del contexto del resto de la prueba producida en autos.-

El incumplimiento total o deficiente del marido respecto de su mujer e hijas en cuanto a su obligación de proveer el sustento material y también de brindar un apoyo moral y espiritual a los integrantes de la familia, configura la causal de injurias graves.-

La cadena de mentiras, engaños, falta de atención al hogar, a su esposa, a las niñas, falta de asistencia económica y de cumplimiento ante compromisos monetarios, despreocupación por la vida escolar y social de la hijas, hace meritarse a este Tribunal los presumibles padecimientos y aflicciones que debió haber soportado la última por esa dejadez de los elementales deberes matrimoniales, conforman nítidos agravios morales que deben ser resarcidos con sujeción al artículo 1078 del ordenamiento civil.-

El trastocamiento de la armonía y la paz familiar por conductas únicamente imputables al accionado que ha llegado a tener notable trascendencia en el plano anímico de su esposa y de sus hijas desilusionadas, tristes, sumado a la inestabilidad económica que la conducta descuidada, desordenada y desaprensiva del demandado sume a toda la familia, configuran fundamentos suficientes de proyecciones sumamente lesivas para la esposa inocente, y enmarca la conducta antijurídica lo cual es merecedora de una sanción por daño moral.-

CAPITULO 3

PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

1. Antijuricidad: Carlos Ghersi define a lo antijurídico como: “la conducta (acción u omisión) de una persona jurídica que objetivamente contraría el interés tutelado por el ordenamiento jurídico, entendiendo por tal al conjunto de normas en unidad y con coherente aplicación del juego de prohibiciones y permisiones”. Es decir, la antijuricidad comporta la transgresión normativa lato sensu, que comprende cualquier obrar contra derecho, como así el ejercicio abusivo del mismo, incluso contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público.-

El vínculo matrimonial impone a los cónyuges los deberes que surgen específicamente consagrados en los artículos 198 y 199 Código Civil, esto es, recíproca fidelidad, asistencia y alimentos, todo el ámbito físico de la cohabitación que están obligados a observar. Como también no encuadrar en la conductas descriptas por el artículo 202 Código Civil, causales de separación personal y de divorcio vincular, importa consumir un comportamiento antijurídico y con ello cumplir con el primer presupuesto de la responsabilidad civil. En efecto, el adulterio violenta el deber de fidelidad, atentar contra la vida del otro cónyuge o de los hijos (sean comunes o no) bajo cualquier grado de participación criminal, así como de instigar a cometer delito, importa consumir conductas tipificadas como delitos en el ordenamiento penal, incurrir en conductas injuriantes vulnera el deber de respeto insito en la asistencia recíproca debida entre cónyuges y finalmente, el abandono voluntario y malicioso transgrede la obligación de cohabitar en los términos que la ley impone al matrimonio.- Todas ellas reviste el carácter de hechos ilícitos, pues son tales en el ordenamiento legal argentino los actos voluntarios que infringen una regla de derecho, sea deliberadamente o por culpa o negligencia, de los cuales resulta el daño y dan nacimiento a la obligación de reparar el mismo, conforme a los artículos 1077 y 1109 del Código Civil.-

Como los hechos ilícitos pueden ser delitos o cuasidelitos, según que hayan sido ejecutados con dolo, es decir, con intención de dañar la persona o los derechos del cónyuge (artículo 1072 del Código Civil) o meramente que produzcan tal daño por culpa o negligencia de quien los realiza (artículo 1109 del Código Civil). En uno u otro caso, y constituyan o no delitos de derecho penal, deben motivar la

indemnización del perjuicio ocasionado, conforme el artículo 1077 del Código Civil.-c

Ninguna consideración de orden moral puede dar lugar a apartarse de la aplicación de principios tan precisos, ya que nada hay de inmoral en la reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio o de los hechos que le dan lugar; nótese que no se trata de que el cónyuge inocente obtenga un beneficio, sino de que sea resarcido de los perjuicios ocasionados por la conducta dolosa o culposa del otro esposo, evitando así que el divorcio se convierta en un hecho dañoso y la eventual alternativa de verse perjudicado patrimonialmente o renunciar a la defensa del honor mancillado por el cónyuge que hace caso omiso de las obligaciones que el matrimonio comporta.-

No ha de verse en ese resarcimiento una cuestión del solo interés privado del cónyuge afectado. En todo lo que concierne al matrimonio y al divorcio están en juego el orden público y el orden social. Es en efecto, demasiado cómodo para el culpable obtener su liberación mediante el mero pago de una pensión alimentaria a su cónyuge y de los gastos del juicio¹⁷.-

2. El daño: habrá daño siempre que se causare a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades (artículo 1068 Código Civil).-

En nuestro derecho positivo “perjuicio” y “daño” son considerados como sinónimos. Nos da la idea de ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionado a una persona, ya en sí misma, ya en su sentimientos o en bienes materiales.-

Si bien el derecho moderno tiende a la reparación más integral, no todo daño es resarcible, sino que es necesario que reúna una serie de requisitos; a saber, que sea: a) cierto: actual o futuro, pero no eventual, el juez resolverá según las pruebas aportadas en el proceso, salvo el daño moral que reunidos los extremos del artículo 1078 del Código Civil procede la indemnización del mismo sin que sea menester la prueba concreta; b) subsistente: el daño debe existir al momento de demandar. En opinión de Barbero no lo sería si el cónyuge inocente se une en concubinato o nueva nupcias con otra persona, al menos por daño moral, no funcionaría, porque tales circunstancias indicarían que la gravedad de la lesión no tiene el alcance necesario para sustentar la acción reparadora, o que existe una renuncia tácita por parte del cónyuge inocente. Asimismo, si se demuestra que obtuvo algún beneficio, como por ejemplo: la obtención de un empleo para el cual no se admitía personas con compromisos matrimoniales; c) propio o personal del reclamante: del cónyuge

inocente. El doctor Barbero, estima que los hijos, también, están legitimados activamente para demandar por daños y perjuicios al culpable del divorcio, pudiendo ejercerlo por sí mismo o por medio de un representante, es más, sostiene que el cónyuge agraviado podrá invocar el daño de sus hijos como elemento de su propia pretensión, fundamentado en que el perjuicio a sus hijos es al mismo tiempo perjuicio suyo, ya que cumple con el requisito que el accionante está obligado frente al tercero: la obligación legal del cónyuge inocente de brindarle a sus hijos un hogar regular y digo; d) lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo del reclamante: el cónyuge inocente, por medio del matrimonio adquiere derechos subjetivos e interés legítimo. Tiene derecho a que se le respete, la cohabitación, a la fidelidad, al débito conyugal, a la asistencia, a la propia dignidad, etc.-

El daño puede ser de carácter material o moral.-

Los que bregan por la postura positiva apoyados por lo declarado en las “Jornadas de responsabilidad por daños en homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina” celebradas en Buenos Aires en el año 1990, en donde se declaró que son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio o la separación personal, por los daños causados por sí mismo. Algunas doctrinas han distinguido como daños inmediatos los derivados de los hechos ilícitos que causan el divorcio y mediatos, los que nacen de la sentencia de divorcio. Recordemos también, como en sus comienzos la jurisprudencia francesa admitía reparar los primeros, no así los segundos. Posteriormente el criterio amplio tuvo consagración legislativa.-

El Dr. Augusto Belluscio, entiende que debe repararse ambas clase de daños, pues si bien en algunos casos el perjuicio deriva directamente del hecho que da lugar al divorcio, por lo común será de mayor entidad el engendrado por el divorcio en sí. Que la circunstancia de que en tales causas el hecho dañoso sea causa indirecta del perjuicio (el hecho da lugar al divorcio y este a su vez al perjuicio), no excluye la obligación de reparar, por que si bien a mediado el hecho concomitante del inocente de promover y llevar a su término el juicio de divorcio, se trata del ejercicio de un derecho irrenunciable y a la cual le asistía pleno derecho por que era el único medio del que gozaba para salvaguardar su honor. Agrega que los daños derivados del divorcio en sí son consecuencia mediatas del hecho del cónyuge culpable, (artículo 901 del Código Civil) del que también debe responder, pues en su conducta debió necesariamente prever que estaba dando derecho al otro esposo para solicitar el divorcio (artículo 904 del Código Civil)¹⁸.-

López del Carril propugna igual solución y aclara que no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho, sino de consecuencias distintas de un mismo hecho, con reparaciones distintas e independientes de acuerdo a la calidad, desenvolvimiento y proyección de esas consecuencias.-

Una reparación para las consecuencias que produjeron los actos ilícitos que son las causales de divorcio, desde su nacimiento hasta la sentencia de divorcio en perjuicio del cónyuge inocente y otra por las consecuencias que producen esos mismos actos ilícitos en su proyección de futuro desde la sentencia en adelante, sin necesidad de determinar la extensión del tiempo o el momento fijo en que tal daño adquirirá relevancia material, es decir, puede ser futuro pero siempre deberá ser cierto.-

En conclusión para ambos autores y también el doctor Omar Barbero, coinciden en que los daños derivados del divorcio en sí son mediatos, por tener una conexión causal de grado más lejano, pues resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, es decir, la acción resarcitoria cubriría los daños materiales y morales que la actitud del cónyuge culpable del divorcio ha producido al inocente en la proyección de su vida futura. A diferencia los daños derivados del hecho ilícito constitutivo de la causal del divorcio son inmediatos, por tener una conexión causal de primer grado, por ejemplo un sensible dolor moral para el cónyuge víctima de adulterio.-

Concluye, el Dr. Omar Barbero que ésta solución es la más justa, pues en los casos concretos casi siempre es de mucha mayor entidad el daño derivado del divorcio en sí que el derivado de los hechos constitutivos de sus causales. Niega que el daño, o los daños derivados del divorcio en sí queden indemnizados con la prestación alimentaria (artículo 207 del Código Civil). Esta tiene un carácter asistencial pero nunca indemnizatorio, tienden a asegurar al inocente el mantenimiento de un nivel de vida equivalente al que gozaba antes de la ruptura matrimonial, por lo cual no se superponen a la reparación de los perjuicios causados por el divorcio, ni la agotan. Solo reemplazan a la obligación alimentaria contenida en el artículo 198 del mismo precepto legal.-

Otros entienden que cuando los cónyuges se separan judicialmente, el inocente goza de los alimentos del artículo 207 no como una indemnización, sino a título de sanción del culpable, y por efecto del vínculo matrimonial, que persiste y produce sus consecuencias alimentarias propias a favor de quien no dio causa a la separación. En el supuesto de divorcio vincular, pierde el carácter asistencial la prestación alimentaria del artículo 207 y se sostiene con sólidos argumentos su

carácter resarcitorio, pues al haber desaparecido el vínculo conyugal, el fundamento de la obligación alimentaria a cargo del culpable es el daño causado injustamente al cónyuge inocente, consistente en el desequilibrio en sus condiciones económicas de vida. Pero, no obstante, toda prestación alimentaria del artículo 207 no indemniza todos los daños que experimenta el inocente a causa del divorcio, solo repara el desmedro patrimonial provocado por la pérdida prematura del derecho alimentario. Los demás perjuicios económicos y morales que padezca el que no causó el divorcio podrán ser objeto de otra demanda de reparación de daños.-

Otros autores como Cecchini y Saux, entienden que el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los hechos ilícitos constitutivos de la causal de divorcio tiene carácter integral; pero que los daños y perjuicios derivados del divorcio en sí mismo quedan contenidos en la reparación que consagra el artículo 207, atento que el divorcio es un acto lícito, es el elemento coactivo sanción operable ante el incumplimiento de los deberes conyugales que generan su operatividad. Estos autores se apoyan en una publicación realizada por José R. Velazco que expresa que las consecuencias del divorcio y la separación personal en sí mismos se hallan, pues, regulados en la ley civil, que establecen la exclusión sucesoria, exclusión del hogar, entre otros; debiendo interpretarse así que la ley ha regulado la forma en que el perjuicio derivado de ambos institutos ha de ser reparado, no siendo procedente superponer a lo previsto la indemnización de daños.-

De la misma opinión es el doctor Ricardo J. Dutto, postura sostenida al analizar un fallo de la Cámara 1ª Civil y Comercial La Plata, donde concluyó que el tema en cuestión, se proyecta en la realidad cotidiana con cierta frecuencia, “no el reclamo en sí”, “si no los daños que surgen del hecho ilícito constitutivo de la causal de divorcio que haría factible tal petición, aunque regularmente la solución de los distintos casos que se puedan presentar variará de acuerdo a los elementos fácticos que se aporten en cada uno de ellos.-

El Dr. Bustamante Alsina al comentar un fallo de la Cámara Nacional Civil, sala C, del 17 de mayo de 1988 consideró al respecto que: “...si la sanción resarcitoria se promueve acumulativamente con la acción de divorcio, el juez al dictar sentencia decretando la separación personal o la disolución del vínculo, debe pronunciarse también sobre la procedencia de la reparación, por lo que la sentencia no podrá contener condena en relación a los daños que causaría el mismo divorcio, pues se trata de perjuicios eventuales que habrían de producirse después de la separación o divorcio judicialmente decretado. La sentencia no tendría el valor de una condena

de futuro, ya que los daños en tal caso son hipotéticos y no han de ocurrir necesariamente...”¹⁹. De acuerdo a esta opinión, entonces, los daños derivados del divorcio en sí mismo, solo podrían reclamarse con posterioridad a la sentencia que lo decreta y cuando dichos daños hayan adquirido certeza.-

Los derechos subjetivos lesionados tienen como titular al cónyuge inocente y nacen de la fuente legal que constituye la regulación del matrimonio. El daño que de ello puede derivarse es tanto del ámbito de lo material como de lo moral. La reparación será integral.-

Daño material:

a) Derivados de los hechos causantes del divorcio: podemos computar, siempre a título ejemplificativo, los gastos ocasionados a raíz de lesiones sufridas, de tratamiento psicológicos, gastos para servicio doméstico, gastos de alojamiento de los hijos más pequeños en guarderías, y de internación de los mayores en colegios; de mudanzas; los actos fraudulentos relacionado con el régimen patrimonial del matrimonio, ejecutados por uno de los cónyuges en perjuicio del otro, y la mala administración de los bienes gananciales llevada a niveles sumamente perjudiciales para el cónyuge no administrador; medidas precautorias e inconducentes y abusivas, tomadas por uno de los cónyuges contra el otro en ocasión de la demanda de divorcio; contagio de enfermedades, especialmente las venéreas; escándalos promovidos públicamente.-

b) Derivados de la separación y divorcio en sí: resguardando a aquellos autores que sostienen que estos no son indemnizables (Cecchini, Saux, Dutto, etc.), los que bregan por su resarcimiento, incluyen el menoscabo en su actividad profesional o laboral por trastornos espirituales; las dificultades de una reinstalación; la destrucción de bienes; los perjuicios derivadas de la disolución anticipadas de la sociedad conyugal, la partición de bienes gananciales que pueden ser solicitadas por el propio culpable.-

En cuanto a la disolución anticipada de la sociedad conyugal, este tema toma relevancia después de 1968 con la sanción de la Ley 17711, ya que antes de ésta, el cónyuge inocente no podría haber invocado el daño material resultante de dicha disolución, ya que si obtenía la separación, se lo facultaba de abstenerse de solicitar la separación de bienes, con lo cual evitaba todo posible perjuicio al respecto. Pero en 1968 al introducirse al Código Civil la nueva redacción del Artículo 1306, se consagró el principio de la disolución

ipso jure de la sociedad conyugal, con independencia de la voluntad de los cónyuge, pudiendo traer aparejado mucho perjuicio para el cónyuge inocente.- El Dr. Mosset Iturraspe al comentar un fallo de la Cámara 1º Civil y Comercial de La Plata, sala II, del 7 de abril de 1983, expresó que esa comunidad formada por los esposos, en la medida que reúne los bienes de uno y del otro, que tiene el aporte de capital y el trabajo de dos, permite, siempre desde el ángulo patrimonial, una vida mas desahogada, a veces, satisfacciones o bienes que sin ella, librado cada uno a su patrimonio y esfuerzo, pueden no lograrse. No obstante conviene resaltar que no pueden reclamarse como daños patrimoniales nacido del divorcio, los beneficios que significan o pueden significar para la presunta víctima los bienes propios de su cónyuge. Ambos aspectos se destacaron en la Jornadas Australes: “...es indemnizable al cónyuge inocente el perjuicio cierto que provoca la liquidación anticipada de la sociedad conyugal...”. “... la indemnización del lucro cesante no comprende la reparación de perjuicios estimados sobre la base de los ingresos o la fortuna del cónyuge culpable, de los que habría continuado participando también el cónyuge inocente en el futuro, si la unión matrimonial se hubiesen mantenido...”²⁰.-

El Dr. Gustavo A. Bossert al fallar en autos: V. G., O. c. T., A. C. sobre daños y perjuicios, de fecha 21 de mayo de 1993, al referirse a la disolución anticipada de la sociedad conyugal, sostiene que no basta invocar el perjuicio sino que además hay que probar el daño, es decir, que la causal no opera in re ipsa.. En el mismo sentido, los doctores Zannoni, Belluscio, Barbero, también destacan la procedencia de esta reparación en caso de que se pruebe el daño²¹.-

Otro efecto del divorcio es la pérdida de la vocación sucesoria, en el fallo anteriormente mencionado el Dr. Bossert se expresa al respecto de que se trata de una expectativa meramente eventual, sujeta al devenir del tiempo futuro a innumerables circunstancias; tal indemnización ni siquiera es admitida en los países donde una norma expresa del estatuto matrimonial contempla la indemnización de los daños materiales y morales producido a consecuencia del divorcio. Igual solución le confiere el Dr. Barbero expresando que el cónyuge inocente no obtendría la indemnización de ese daño, pues su concreción depende de que el inocente sobreviva al culpable, lo cual puede no ocurrir, con lo que el daño sería meramente eventual, y por tanto, no indemnizable.-

Daño Moral: Hasta la reforma de 1968, según la interpretación prevaleciente, sólo correspondía indemnizar el daño moral cuando el hecho ilícito era, a la vez que delito civil, delito de derecho penal. El texto originario del artículo 1078 del Código Civil consagraba lo siguiente: “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no solo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”. Es decir, llevado a nuestro tema, el hecho ilícito que daba lugar al divorcio debía también constituir un delito penal.-

La reforma introducida por la Ley 17711, tanto en el artículo 522 del Código Civil, correspondiente al agravio moral con respecto a la responsabilidad contractual, como la nueva redacción del artículo 1078: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima...”, facultan al juez a ordenar la reparación de dicho perjuicio.-

El daño moral es el que adquiere más relevancia en materia de divorcio, tanto desde la perspectiva espiritual, como de su evaluación económica, porque hiere los más íntimos sentimientos de la persona.-

Todos los supuestos de hecho enumerados como causales de separación personal y divorcio consagrados en el artículo 202 del Código Civil, son susceptibles de provocar daños morales por el sufrimiento que provoca la ruptura y porque afectan gravemente la integridad espiritual y moral de los cónyuges, al lesionar derechos subjetivos matrimoniales de orden extrapatrimonial (derecho a la fidelidad, a la asistencia espiritual, a la convivencia, etc), como también derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la integridad física, al honor, etc.).-

Tenemos daños:

- a) Derivados de las causales constitutivas de la separación o el divorcio: son los que resultan de los padecimientos sufridos durante la subsistencia del matrimonio, determinados por los comportamientos ilícitos del otro cónyuge; o los que resultan de la angustia de la soledad y la crisis de la vida afectiva en un hogar destruido, aunque se conserve el cariño de los hijos.-
- b) Derivados del divorcio y de la separación en sí mismo: pueden también ocasionar daño moral: todo un proyecto de vida se puede frustrar, al

quedar el sujeto profundamente agobiado y deprimido, con la pérdida de una vida matrimonial normal, de la compañía y asistencia espiritual de su cónyuge y de su colaboración para la educación de los hijos, alteraciones profundas en sus hábitos de vida, en su actividad social y profesional. También el daño moral puede derivar de la soledad a que se vea confinado el cónyuge inocente, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; del abandono de la esposa luego de un largo matrimonio, por una mujer más joven; el daño psicológico y las mortificaciones que sufren los hijos también es un sufrimiento propio para el cónyuge inocente, que podrá invocar como un elemento más de su pretensión; la pérdida del nivel social de la esposa y del carácter de mujer casada.-

El Dr. Mosset Iturraspe sostiene que los daños morales resulta de demostración más sencilla, en especial en casos como, por ejemplo, de adulterio. Al analizar el fallo que mencionamos con anterioridad en nuestro trabajo, sostiene que el juzgador acepta tres variantes del daño moral: a) la desazón que afecta a la víctima del comportamiento adúltero, en el caso del marido. Dolor, angustia, soledad, intranquilidad; b) el agravio a la vida de relación, para la cual, por lo que acostumbra a suceder, el engañado es subestimado, como si hubiera padecido un achicamiento en su personalidad, cuando no objeto de burlas mortificantes; y c) la destrucción de la vida en pareja, de la vida en compañía, que conlleva la destrucción de la vida sexual normal; y sale al cruce de la afirmación relativa a que el cónyuge inocente puede formar una nueva pareja, señalando, con justeza, que ella “no es equiparable a la que se ha destruido” .-

El doctor Gustavo Bossert²², pronunció en el fallo ya citado, que la alusión a la pérdida del nivel social de la esposa, tal como se la formula, encuadra en la indemnización del daño moral por el cual la sentencia ha otorgado indemnización.-

El Dr. Cifuentes, en su voto en disidencia, en el fallo de 1988, expresó que: “...¿cómo se podría decir que hay derecho de indemnización al daño moral, por la circunstancia de que un cónyuge dejó de amar al otro y lo manifestó públicamente, infiriendo por sólo eso una injuria grave?; ¿qué la mujer desatendió al marido simplemente porque siendo la encargada singular de su hogar, no se ocupó de hacerle la cama, la comida y lavarle la ropa?; ¿qué, en fin, el marido se portó indiferente en sociedad, un algo despreciativo, un algo

desaprensivo, hiriendo las justas susceptibilidades de la mujer?. Todo esto podría dar causa al divorcio, pero no podría sostenerse que da motivo al daño moral reparable, es que frente a esos comportamientos, ya aceptados como agraviantes por la jurisprudencia, existe la reparación propia de la institución de que se trata: la declaración de inocencia, con los correspondientes efectos. Agregarle daños, sería excesivo...”²³.-

Los que mantienen una postura negativa sostienen que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido con todo lo que ello implica. Si por distintas circunstancias la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas ha de admitirse que tales circunstancias deber ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso tan trascendental. Con lo que, acordar por vía jurisprudencial una indemnización por un daño no tipificado, significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos.-

Es por las características propias de la institución del matrimonio que atiende a una particular realidad vital de convivencia y afinidades, fundada en el amor y la tolerancia recíproca, en modo alguno cabría aplicar normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por hechos ilícitos.-

Estos autores dicen que ciertos daños morales no pueden ser pretendidos por los cónyuges, es decir, no pueden cobrarse el precio de su honor lastimado o traten sus problemas con el frío razonamiento del derecho patrimonial.-

3. La relación de causalidad: se exige que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño, para que éste sea jurídicamente atribuible a quien se supone responsable, es decir, para obligar a una persona a reparar el daño, se requiere que lo haya causado. El problema que surge es poder determinar “cuando” y “en que condiciones” se entiende que se lo ha causado. Para responder esto existen diferentes teorías. La más aceptada en la doctrina civil y que fue recogida por el derecho positivo argentino en el artículo 906 del Código, agregado por ley 17.711, es la teoría de la causalidad adecuada. Es decir, debemos respondernos si según el curso natural y ordinario de las cosas, la acción o inacción del presunto responsable fue idónea para ocasionar el daño.-

La vinculación entre el proceder del cónyuge culpable, como posible agente dañador, y el daño consecuente, produce en el supuesto de la responsabilidad por culpa en el divorcio o la separación personal el distingo entre daños anteriores o

posteriores a la sentencia. Esto es, daños producidos por el acontecer descrito como la causal de la ruptura y daños generados a partir de la separación o del divorcio. No significa una doble reparación, sino responder por los daños derivados de los hechos ilícitos causales del divorcio, durante el matrimonio, y por las consecuencias (también dañosas) que produce la declaración de divorcio en el futuro.-

El Dr. Omar Barbero entiende aplicable el distingo contenido en el artículo 901 del Código Civil, afirmando que los daños derivados de las causales que provocan o que originan el divorcio son inmediatos, por tener una conexión causal de primer grado; y los generados por el divorcio en sí mismo son mediatos por ser de causalidad de grado más lejano.-

De esto surge como corolario que estos daños, sean por las causales o por el divorcio en sí, siempre necesitaran la concurrencia del dictado de la sentencia que juzgue existente tal culpabilidad, a la vez que por ella, se decreta el divorcio que proyectara los futuros daños.-

En uno u otro caso existe la debida relación de causalidad entre el hecho ilícito y los daños que de él pudieren acreditarse.-

Los que bregan por la postura negativa justifican su pensar, en que no existe una causalidad adecuada entre el hecho del autor y el daño, pues en el fracaso matrimonial no interviene un solo factor, sino que son múltiples. Si resulta dudoso atribuir concretamente la culpa a uno de los cónyuges, por la ruptura matrimonial, mucho más dudoso es obligar al denominado culpable a indemnizar económicamente al inocente, para quien, paradójicamente en muchos casos, el divorcio es una situación menos gravosa que la convivencia matrimonial. Quienes sostienen la improcedencia del resarcimiento de daños en materia de divorcio, admiten, no obstante, que cuando el hecho configurativo de una causal de divorcio lesiona un bien protegido por otra esfera del ordenamiento jurídico (tentativa de homicidio, lesiones, integridad física) el cónyuge víctima tendrá expedida, entonces la acción resarcitoria, con independencia de su condición de consorte y en igualdad de condiciones que un tercero; aclarando que dicha indemnización no estaría fundada en una causal de divorcio, sino en un delito del derecho criminal que requeriría inexcusablemente una sentencia inculpatoria de ese fuero.-

4. La imputabilidad: en opinión de la doctrina mayoritaria no cabe otra imputación que la subjetiva, esto es, del comportamiento humano voluntario ilícito obrado con culpa o dolo. En los juicios contenciosos de separación o divorcio, motivados en una de las causales del artículo 202 del Código Civil, el Juez en la sentencia debe

determinar la causal en que se funda y la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges.-

La jurisprudencia a dicho que tratándose de responsabilidad civil en el derecho de familia, la culpabilidad en el hecho puede asumir dos formas: el dolo y la culpa en el sentido restringido; configurándose dolo cuando a existido ánimo de injuriar al otro cónyuge, cuando el hecho a tenido la finalidad de ofenderlo, pero cuando también a faltado este ánimo, pero se ha actuado sabiendo que se trasgredía los deberes inherentes al matrimonio, la responsabilidad se atribuirá a título de culpa. Ha existido alguna opinión aislada en el sentido de que no es requisito para la reparación la existencia de culpa, desde que algunos daños serían reparables con fundamento en la equidad. Esta postura ha sido desarrollada por las Dras. Levy, Wagmaister, e Iñigo de Quidiello, quienes parten en su enfoque de la recepción legislativa y doctrinaria del divorcio remedio, sosteniendo que aunque no existan conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio. este supuesto puede encuadrar en la responsabilidad objetiva fundada en el factor “equidad” del artículo 907 del Código Civil, que alcanza al autor de hechos involuntarios. La relación de causalidad ya no funciona entre culpa y daño, sino entre divorcio y daño. Postulan la reparación de perjuicio que el divorcio ocasiona al cónyuge que ve frustrada su expectativa de compartir los frutos de lo que invirtió en energía, tiempo, y dinero para el progreso del otro²⁴.-

La crítica que recibe esta postura es que el artículo 907 del Código Civil es excepcional y de interpretación estricta. La equidad que menciona la norma está expresamente referida a los actos involuntarios ejecutados por personas inimputables, es decir el hecho no ha podido ser voluntario por falta de discernimiento (demente, menores impúberes, personas privadas accidentalmente de razón).-

Otros autores limitan la imputabilidad solo al dolo, como lo hace el Dr. Mosset Iturraspe, donde dice que los comportamientos contrarios a los deberes matrimoniales constitutivos de las causales del divorcio o de la separación son estrictamente dolosos, no culposos, son acciones u omisiones que persiguen un resultado a sabiendas y con intención, aunque no necesariamente de dañar.-

Los Dres. Augusto Bellusio y Omar Barbero, coinciden en general que son acciones dolosas; por excepción pueden ser culposas, particularmente en los supuestos de injurias graves cometidas sin el *animus iniuriandi* hacia el otro cónyuge, es decir, los hechos no cometidos con el propósito de ofender al cónyuge, pero que importan faltas de conducta de las que se tiene o debe tener el convencimiento de su

incompatibilidad de los deberes matrimoniales, por que se resuelven en motivos de afrenta o humillación para el otro cónyuge.-

Desde luego, las causales de adulterio, tentativa de homicidio, instigación a cometer delitos y abandono implican actitudes dolosas.-

Siendo la culpa o el dolo el fundamento de la responsabilidad civil conyugal, el reclamo resarcitorio solo es concebible en el sistema del divorcio sanción. De lo que se deduce que no hay posibilidad de indemnización alguna en el trámite de la separación o divorcio por presentación conjunta, puesto que en esta modalidad no hay alusión alguna a la culpa, o como sostiene el Dr. Mosset Iturraspe que la culpa es de ambas partes, por que se deja de lado ese debate para juzgar objetivamente sobre la existencia de una situación conyugal insostenible. Además entiende, el doctor Barbero, que si bien el juez escucha a las partes, esto no consta en actas, entonces, mal podría, atentando contra el principio de publicidad, decretar una sentencia condenando a uno a pagar los daños y perjuicios por un hecho ilícito que quedaba en secreto. En las Jornadas que se realizaron en Comodoro Rivadavia se resolvió: “no es procedente la reclamación de daños y perjuicios en el caso que los cónyuges hayan querido el divorcio por el procedimiento del artículo 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil, aún cuando se admitiera la atribución de culpa unilateral. Por igual motivo, tampoco procede la indemnización cuando se demanda la separación por causa de enfermedad del otro cónyuge (alteraciones mentales graves, drogadicción, alcoholismo, artículo 203) y también cuando se recurre a la causal objetiva de separación de hecho, sin que ninguno de los cónyuges alegue y pruebe no haber dado causa a la separación (artículo 204), salvo que si uno de los cónyuges ha probado su inocencia mediante la demostración de la culpabilidad del otro en la causa de la separación, y la sentencia deja a salvo los derechos del inocente (artículo 204, segundo párrafo), se opera un traslado del caso al sistema de derecho sanción, y los presupuestos de la responsabilidad civil pueden concurrir en la situación del cónyuge que hubiere dado causa a la separación.-

El problema se plantea si el divorcio fuese decretado por culpa de ambos cónyuges. En el sistema de responsabilidad civil un criterio antiguo resolvía el problema diciendo, que las culpas se compensaban, neutralizándose mutuamente, de lo cual surgía que el autor del daño no debía indemnización alguna. Actualmente el criterio ha cambiado, mucho más justo que el anterior, sostiene que hay que fijar una indemnización, pero reducida en proporción a la culpabilidad de la víctima. La doctrina no es pacífica. Para algunos no resultaría aplicable el principio de la culpa

concurrente, donde el dañador y el dañado se distribuyen el perjuicio en proporción a la medida en que cada uno contribuyo a él.-

Hay una corriente que admite la reparación en estos supuesto, pero haciendo una distinción: a) en cuanto a los perjuicios derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, se aplican los principios comunes sobre culpa concurrente en los hechos ilícitos admitidos, ante el silencio del código, por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia; los cuales aplicados al divorcio surge que, siendo las culpas de los cónyuges independientes, cada uno de ellos responda por los daños que cometió; b) respecto de los daños y perjuicios derivados del divorcio en si mismo, no hay resarcimiento, pues la culpa individual de cualquiera de ellos bastaba para decretarlo, por lo que deben asumir en un plano de igualdad el perjuicio derivado del divorcio en sí.-

Otra corriente de opinión, sostiene que en caso de culpa de ambos cónyuges, en ningún supuesto corresponde indemnización a favor de ninguno de ellos, pues ambas culpas se neutralizan, se anulan recíprocamente. El Dr. Borda considera inadmisibles, que en la hipótesis considerada cada uno de los cónyuges deba indemnizar los daños (ya sean materiales o morales) causados al otro, suponiendo que ambos hubieran sido adúlteros, repugnaría al sentido común y a la moral otorgarle acción a uno de ellos para reclamar los daños morales que le ha causado el adulterio del otro. Igual postura establece en cuanto a los daños materiales, uno de los cónyuges no se puede agraviar contra la conducta del otro, cuando él mismo a incurrido en una causal suficiente para que se decrete el divorcio o la separación personal.-

El Dr. Belluscio aborda la respuesta ligando la culpa y el daño por su relación de causalidad. Y será distinta la respuesta según el caso. Así si el daño resultare de un solo hecho, al cual ambos cónyuges contribuyeron a producir (por ejemplo reyerta común con lesiones para uno), se aplican los principios de la concurrencia de culpas, desde que se trata de un hecho ilícito común. Puede ocurrir que la culpa concurrente como fundamento de divorcio resulte de hechos diferentes (adulterio de uno y lesiones del otro) en tal supuesto cada uno responderá por los daños producidos. Si el divorcio se genera por culpa de ambos pero derivados del divorcio en si en tal caso no tendrán acción desde que el artículo 1111 Código Civil veda el poder reclamar por perjuicios derivados de su propia culpa. Puede ocurrir que, después de la sentencia de divorcio por culpa de uno de los esposos, se entable y prospere la acción de declaración de culpa ulterior del inocente, esa culpa posterior no excluye, en opinión del Dr. Belluscio, el resarcimiento del daño

derivado del divorcio en sí para el inocente, si ese daño ya estaba configurado, salvo el único caso de que no subsista al tiempo de la sentencia del juicio de daños. Así por ejemplo el perjudicado por ver sus bienes gananciales sometidos a partición con el culpable del divorcio, no deja de estarlo por que después se una de hecho con otra persona, unión que no es la que ha motivado el hecho dañoso consistente en el divorcio y consiguiente disolución de la sociedad conyugal. Opinión contraria sostiene el Dr. Barbero que entiende con respecto a los daños derivados del divorcio en sí, el inocente convertido en culpable deberá una indemnización equivalente al que le haya pagado antes su consorte, pero como se trata de una deuda de valor se reajustará en razón de la desvalorización monetaria. En el caso de los daños derivados de hechos ilícitos constitutivos de causales de divorcio. al ser los hechos y culpas independientes cada uno responde por lo que hizo. El Dr. Belluscio refuta diciendo que la declaración de culpa posterior del inocente no puede producir ningún daño al culpable: ni material, ya que este no pierde ningún derecho como consecuencia de esa declaración, sino que los pierde el inocente; ni moral, porque no puede invocar agravio quien incurrió en un agravio mayor que dio lugar al fin de la vida en común²⁵.-

Otro supuesto es que el cónyuge declarado inicialmente culpable fallezca antes de iniciar la demanda contra el cónyuge declarado en una primera sentencia como inocente. Al ser el ilícito anterior al fallecimiento sus herederos podrán iniciar la acción, salvo con respecto a los daños morales, que es menester que el fallecido la hubiese entablado para que de esa manera sus herederos puedan proseguirla, nunca podrán éstos iniciarla.-

POSTULACION DE LA TESIS NEGATIVA:

Quienes afirman la improcedencia de resarcimiento por daños producido a consecuencias de la ruptura matrimonial esgrimen las siguientes razones:

1. Especialidad del derecho de familia. Reivindican la especialidad del derecho de familia de contenido imperativo y de orden público de la mayoría de sus normas, negando que puedan ser aplicable el régimen de responsabilidad por daños que consagren el ordenamiento general en los artículos 1077, 1078, 1109 del Código Civil. Para el supuesto de que se incurra en algunas de las conductas disvaliosas que enumera el derecho de familia como causal de divorcio, tal ilicitud no ha sido contemplada como fuente de indemnización sino como causa que habilita a

obtener la disolución del matrimonio por decisión jurisdiccional. El ilícito traduce una consecuencia sancionatoria, el divorcio por su culpa, y no como una causalidad de reparación frente al daño causado.-

En el mismo marco de especialidad se ha sostenido que para juzgar la culpa del causante del divorcio, entendiendo que en materia conyugal la entidad de la culpa se diluye entre los factores que contribuyen a la crisis matrimonial a los que concurren necesariamente ambos cónyuges, mas allá de la conducta culpable de uno de ellos. Es decir, resulta de una culpa concurrente, son los dos cónyuges los que adoptan determinadas posturas que posibiliten el acaecimiento de los hechos ilícitos con que se traduce la crisis matrimonial que culminara con el divorcio. Permitir un resarcimiento correspondería paliar el error a una mala elección, debido a que las penas y los conflictos son propios de la vida del hombre y no aparece conforme al valor justicia reparar agravios que van ínsitos en ella misma.- En el pleno del 20 de septiembre de 1994, el Dr. López Aramburu, en su ponencia expresó su punto de vista con respecto al principio de especialidad expresando que: "... los miembros del Congreso al redactar la ley de matrimonio, no ignoraban los alcances y efectos de la institución, sobre la cual legislaban, ni desconocían el deber de no dañar, o lo demás principios generales del derecho y que, sin embargo, de ex profeso establecieron un régimen específico con soluciones particulares para aquella institución...". Opinó que los legisladores en todas las oportunidades en que introdujeron modificaciones en el régimen legal del matrimonio y la familia, siempre han ratificado tácitamente dicha especificidad, aún cuando conocían perfectamente el largo debate sobre el tema y la legislación de los pocos países que aceptan una indemnización como la que se discute²⁶.-

Los fundamentos de la Dra. Borda en el pleno citado, con respecto al principio que nos estamos refiriendo fueron: "... la especialidad del derecho de familia, dada en gran medida por el carácter imperativo de casi todas sus normas, torna inadmisibile la aplicación de disposiciones de otras ramas del derecho privado, como es el patrimonial, por lo que no habiendo ninguna norma expresa no es posible admitir este tipo de indemnizaciones"-

Enrique Díaz de Guijarro sostiene: "... cada institución legal se gobierna por los preceptos claros y precisos que constituyen sus individualísima estructura, lo cual le asigna carácter autónomo, a la par que impide la traslación y la extensión de las soluciones inherentes y propias de otras instituciones legales, aunque estén reguladas en el mismos cuerpo normativo. Es que la comprensión de efectos

civiles no abarca todo lo civil, sino aquellas partes que fueron motivos y razón de identidades o diferencias”.-

Los doctores Borda, Pettigiani y Di Lella en las Jornadas de Derecho Civil – Familia y Sucesiones, en homenaje a la Dra. Méndez Costa, llevadas a cabo en Santa Fe en 1990, firmaron el despacho minoritario que sostenía que la responsabilidad civil por daños en instituciones propias del derecho personal de familia (léase matrimonio, divorcio, filiación) excluye la aplicación de los principios generales propios de aquella responsabilidad.-

Borda afirma, que en virtud del principio de especialidad del derecho de familia, no se puede tratar la culpa en el divorcio con el mismo criterio con el que se la juzga en todo daño del derecho propiamente patrimonial.-

Vidal Taquini expresa que: ...”la especialidad del Derecho de Familia, definido por el carácter imperativo de sus normas y las particularidades características del matrimonio y de las relaciones familiares, impide la aplicación de las normas generales de la responsabilidad por daños, propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por hechos ilícitos.-

2. Omisión Legislativa: ni la antigua Ley de matrimonio civil 2393, ni Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil, ni la actual ley 23515 han consagrado una prerrogativa indemnizatoria específica para el daño nacido de una ruptura matrimonial culpable. Esta doctrina entiende que ante el silencio se debe interpretar que la “Ley” excluye de forma clara y manifiesta de los efectos del divorcio la reparación de eventuales daños, no pudiendo los jueces atribuirse facultades legislativas de que carecen, ni interpretar la ley de modo tal que equivalga a prescindir de la regulación que gobierna la cuestión. De forma entonces que solo cabe entender que el legislador aceptó, sin decirlo la diferenciación entre un régimen especial en materia de daños derivados del divorcio y el régimen general que rigen en materia de responsabilidad civil. Prueba de ello resulta que cuando quiso conceder el derecho resarcitorio lo hizo, tal el supuesto a favor del cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo. Más cuando tuvo ocasión de terminar con la discrepancia que conocía, guardó silencio.-

Respecto del entendimiento que se da a la derogación del último párrafo contenido en el original artículo 166 del Código Civil (ahora artículo 165 incorporado al Código por la ley 23515), en cuanto a la prohibición de admitir demanda por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado, lo que ha dado lugar a entender que con la eliminación de tal prohibición en materia de

esponsales se habilitó dicha acción, esta tesis negativa sostiene que, al igual que en el caso de nulidad, tampoco existe matrimonio, con lo que se trata de otra hipótesis diferente, que no autoriza a superar la valla del silencio existente en la norma.-

El hecho ilícito aunque causa daño no basta por sí solo para habilitar la acción de daños y perjuicios, por que es necesario que el legislador haya previsto el daño. Las normas que rigen las responsabilidades extracontractuales no tienen carácter complementario, es decir, no pueden ser utilizadas por el intérprete para dar perfección, completo o acabamiento a una regulación jurídica cuando consta la voluntad cierta del legislador de excluir la acción de daños y perjuicios.-

El doctor Cifuentes al votar por la negativa a la procedencia de la pretensión resarcitoria, en el fallo del 17 de Mayo de 1988, expresa que comparte la opinión del prestigioso jurista Díaz de Guijarro, al decir que nuestra legislación no contempla el resarcimiento material o moral pecuniarios; lo que se observa claramente de la idea de que ni el Código de Vélez, ni la ley 2393, ni la actual ley 23.515, establecieron una remisión al sistema reparatorio común por responsabilidad extracontractual o contractual, ni una regulación independiente al respecto, consagrándola por causa del divorcio y el establecimiento de la culpa al declararlo. Expresa el Dr. Cifuentes: "...Sintomáticamente, pero muy sintomáticamente, esos sistemas jurídicos que silencian la cuestión frente al divorcio, la establecen cuando se trata de nulidad del acto matrimonial y reglan aquí sí, la posibilidad de reclamar al cónyuge de buena fe una indemnización de daños y perjuicios. El silencio u omisión sobre lo otro, la ausencia de alguna pista legal para considerar una remisión al artículo 1066 y siguientes del Código Civil, dan cuenta una clara voluntad, pues cuando se trata de expedirse y establecerlo, se lo ha hecho expresamente en la nulidad (artículo 225 del Código Civil vigente), pero no en el divorcio..."²⁷.-

En el pleno del 20 de septiembre de 1994, en sus fundamentos, el doctor Kiper, apoyando la tesis negativa expresó: "...Resulta acertado, por ende, que según el cual el silencio de la ley representa, en consecuencia una expresión bastante evidente de excluir en éste último ámbito la posibilidad de acciones fundadas en el derecho de daños. Es en definitiva la confrontación de ambas actitudes del legislador lo que nos permite interpretar cual ha sido su voluntad..."-.

En el pleno antes citado el doctor López Aramburu entiende que la no inclusión de una norma expresa no significa una contradicción, oscuridad, laguna u omisión en el régimen legal del matrimonio y de la familia, que permita un sentido de

interpretación permisivo a este tipo de resarcimientos, yendo en contra de la voluntad querida por los legisladores.-

Vidal Taquini, manifiesta que tanto en el Código de Vélez y en la posterior ley 2393, como también en la actual redacción del Código, se determinan en forma expresa en materia de matrimonio los supuestos en los que procede la indemnización de los daños causados, tal como resulta de los artículos 234 de la primitiva redacción del Código, 8º, 34, 35, 91 y 109 de la ley 2393, y 225 de la actual redacción. De lo que resultaría que cuando nada se dice, como ocurre con relación a los daños derivados del divorcio o de la separación personal, no procedería indemnización alguna, debiendo tal silencio ser interpretado en el sentido de la voluntad del legislador de no acordar resarcimiento en esta materia²⁸.-

3. Régimen Propio de Sanciones: Las infracciones a los deberes matrimoniales encuentran a su correlativa sanción en la declaración de culpabilidad que motiva el divorcio, pero que se derivan las consecuencias económicas que la norma ha previsto para el culpable, como por ejemplo la pérdida de la vocación hereditaria, la carga alimentaria, preferencia al uso de la vivienda asiento del hogar conyugal para el inocente, revocación de las donaciones, etc; no pudiendo ingresarse por vía de interpretación otras que aquellas que la ley a dispuesto, entre las cuales no se encuentra el deber de reparar los daños sucedidos a consecuencia de los hechos que llevan al divorcio o del divorcio mismo.-

Enrique Díaz de Guijarro comentando desfavorablemente una sentencia de la Cámara 1º Civil y Comercial de La Plata, Sala 2º del 7 de abril de 1983, que revoca el fallo apelado, y acogiera el reclamo resarcitorio por daño moral del cónyuge varón contra su ex esposa, luego del divorcio declarado por culpa de ella, que en la regulación legal de los efectos del divorcio, el régimen de sanciones establecido es autónomos, y se agota y justifica en la extensa nómina de efectos que su declaración judicial acarrea (alimentos, retiro del hogar, tenencia de los hijos, pérdida del vocación sucesoria, etc.), implicando todas esas hipótesis carácter claramente sancionatorias con incidencia en lo patrimonial y lo moral, que excluye la perspectiva de añadirle otras, no prevista ni procedentes.-

4. Cierto Contenido Indemnizatorios de los Alimentos: como resulta del inciso 4 del artículo 207 del Código Civil, el deber alimentario que pesa sobre el cónyuge culpable de la separación o del divorcio, comprende como pauta de su cuantificación “la eventual pérdida de un derecho de pensión”. Surge un

inequívoco aspecto indemnizatorio que desplazaría cualquier pretensión en igual sentido y que resultaría acumulativa.-

5. No Resulta Asimilable al Supuesto de la Nulidad del Matrimonio: sea el primitivo artículo 234 del Código Civil, así como en el artículo 91 de la ley 2393, o en el hoy vigente artículo 225 de dicho precepto legal, se previó la acción por indemnización por los daños y perjuicios debidos por el celebrante de mala fe en los supuestos de nulidad de matrimonio, cosa que no se prevé reclamo indemnizatorio alguno entre esposos aun cuando se incurriere en actos ilícitos causales suficientes del divorcio; lo contrario importaría asegurarle a quien se equivoca en la elección de su consorte una reparación de los agrarios posibles derivados del fracaso matrimonial.-

La esencia del matrimonio es el constituir una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar en su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el paso de la vida y compartir su común destino. En presencia de una hipótesis de nulidad es de rigor que no hubo connubio. Ningún efecto de tal se prevé para el cónyuge de mala fe (artículo 223 Código Civil). Y si no hubo matrimonio no concurren aquellos principios que hacen a esta particular comunidad, base del entramado social, con lo que ésta pudo ser la razón por la cual el legislador ha admitido el resarcimiento causado por quien desplegó un obrar delictivo. En cambio, habiendo matrimonio, dichos principios, excluyen toda idea de reclamo indemnizatorio, pecuniario, entre los consortes, y en razón de tales, ni aún frente al cometimiento de los actos ilícitos, como son los que constituyen las causales de divorcio (postura en disidencia de los doctores Escuti Pizarro, López Aramburu, de Mundo, Achával, Kiper, Estévez Brasa, Moreno Hueyo y Gárgano, en el pleno del 20 de septiembre de 1994)²⁹.-

6. Inexistencia de causalidad adecuada: Se invoca el carácter cuestionable de la culpa en el divorcio, en cuyo ámbito tiene distinta significación que en el incumplimiento contractual o en los hechos ilícitos. En la realidad de la vida es muy difícil determinar quién es el culpable o el inocente, porque el comportamiento de cada cónyuge es una reacción a la conducta del otro, de modo tal que se torna imposible determinar quien ha sido el responsable del fracaso matrimonial. No hay una causalidad adecuada entre el hecho del autor y el daño, pues interviene distintos factores, si resulta dudoso atribuir concretamente la culpa a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial, mucho más dudosos es la bondad del sistema que obliga al denominado culpable a indemnizar económicamente al inocente, para quien, paradójicamente, el divorcio es una

situación menos gravosa que la convivencia matrimonial. El divorcio es una alternativa ante el fracaso matrimonial y constituye más un remedio, aunque sea doloroso, que una situación dañosa.-

Además entienden estos autores que pretender indagar la culpabilidad de uno o ambos cónyuges, es perjudicial para el núcleo familiar, pues contribuye a profundizar conflictos. El otorgamiento de una indemnización a favor del inocente es un incentivo a la repotenciación de los juicios contradictorios, y se frustra la posible solución del conflicto matrimonial y familiar a través de otros métodos modernos alternativos y técnicas multidisciplinarias. No obstante a esto, cuando el hecho configurativo de una causal de divorcio, es además un ilícito reparable a si mismo, con prescindencia del vinculo matrimonial y de la existencia o no de una sentencia de divorcio (lesiones, tentativa de homicidio), que lesiona un bien protegido por otra esfera del ordenamiento jurídico (integridad física), el cónyuge víctima tendrá expedida, entonces, la acción resarcitoria, con independencia de su condición de consorte, y en igualdad de condiciones que un tercero. La indemnización no estaría fundada en una causal de divorcio, sino en un delito del Derecho Criminal, que requerirá inexcusablemente una sentencia inculpatória de ese fuero.-

7. Contenido extrapatrimonial: los deberes matrimoniales carecen de contenido patrimonial, por lo tanto su incumplimiento no es susceptible de apreciación pecuniaria.-

POSTULACIÓN DE LATESIS POSITIVA:

Los autores que siguen esta postura refutan cada uno de los fundamentos de la tesis negativa:

1. Alcance de la especialidad del derecho de familia: el entendimiento de la especialidad que se admite en el régimen de la nulidad matrimonial por sobre el régimen general de las nulidades de los actos jurídicos ha alentado a muchas opiniones a sostener una especialidad de todo el derecho de familia por sobre el derecho general; cosa que no es admisible sostener tan rigurosa y extendida especialidad. Por lo que no autoriza a entender que el derecho de familia resulte totalmente independiente del derecho civil del cual es parte y en el que también se conjugan los principios generales del derecho.-

El Dr. J. Mosset Iturraspe sostiene que es un principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y que ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector. Este prestigioso jurista expresa que el deber de no dañar a otro es un deber genérico y no específico, es un deber “de no causar perjuicios, detrimentos o menoscabos a los demás, con nuestras acciones u omisiones, es un deber de contenido patrimonial predispuesto, sin los caracteres que califican el deber del deudor”, y es por todo ello que dentro del concepto amplio del deber jurídico deben incluirse los deberes de familia, aun cuando no tengan en modo directo expresión pecuniaria.-

Los hechos descritos en el artículo 202 Código Civil, causales de culpa que autoriza al cónyuge inocente a poner fin a su matrimonio, importa una ilicitud estrictamente matrimonial regulada entonces por el derecho de familia; pero cuando además de ello produce un daño material o moral se hace pasible de reparación bajo las normas generales que rigen la responsabilidad civil a través de los artículos 1077, 1078 y 1109 Código Civil. No se esta juzgando dos veces por el mismo ilícito ya que se trata de dos consecuencias diferentes, una será la sentencia de divorcio por el incumplimiento a los deberes familiares y el otro será el deber de reparar el daño injustamente causado.-

En el pleno del 20 de septiembre de 1994, los que se postulan en esta teoría entendieron que el principio de especialidad que domina el derecho de familia, no constituye obstáculo para, frente al silencio de la ley por vía interpretativa, obviar principios de la responsabilidad civil como lo son las disposiciones expresas contenidas en los artículos 1077, 1078, y 1109 y consecutivos del Código Civil que, por su generalidad, también son aplicables cuando de los hechos que dan lugar al divorcio se deriva daño al cónyuge inocente.-

Sostuvieron los doctores que si bien puede admitirse que el derecho de familia ofrece particularidades que, en algunos aspectos, lo diferencian de otros institutos, lo cierto es que integran un cuerpo normativo congruente, cual es el Código Civil, que sanciona a quien viola un deber jurídico, sea dolosa o culposamente, con la obligación de resarcir el daño causado. Tales disposiciones, ante la ausencia de norma específica, que excluye su aplicación, también forma parte del régimen jurídico, que integra el derecho de Familia.-

El doctor Bustamante Alsina sustenta que dentro del derecho positivo existen normas legales que consagran una teoría del responder por los daños ajenos, cuando concurren los requisitos o elementos esenciales que definen un esquema de responsabilidad civil. Si bien el concepto de unidad del sistema resarcitorio

permite incluir en él tanto el incumplimiento de la obligación contractual como la comisión del acto ilícito, es evidente que el deber de no dañar que constituye el enunciado del artículo 1109 del Código Civil tiene un alcance general y una fuerza expansiva que permite su aplicación a las más diversas situaciones extracontractuales con un sentido moralizador y solidario.-

La Dra. Méndez Costa añade que la institución matrimonial no implica su total independencia del régimen genérico del derecho civil, y a pesar de tener el derecho de familia especialidad sobre las nulidades matrimoniales, no cabría pretender una doctrina independiente de la violencia, del dolo y, en cuanto al error, la legislación específica se limita a circunscribir el objeto del que es invocable contra la validez del vínculo. Entiende que el deber jurídico de reparar no es susceptible de escindirse en virtud de las cualidades del daño causado, siempre que exista, y que no siendo el Derecho de Familia una isla dentro del ordenamiento jurídico, no escapa a la responsabilidad por daños que es un verdadero principio general del derecho.-

En las Jornadas de Derecho Civil – Familia y Sucesiones, llevadas a cabo, en homenaje a la Dra. Méndez Costa, los miembros de la Comisión I, en mayoría, sostuvieron en el primer punto del despacho de lege lata, que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema.-

Se ha publicado en la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, (editorial Rubinzal – Culzoni, página 320), la opinión del doctor Bidart Campos al respecto y dijo que el principio de especialidad del Derecho de Familia no puede concebirse en términos tan absolutos como para excluir la vigencia en su ámbito del principio constitucional de no dañar a otro, y de la sanción para quien lo infringe, que es la obligación de reparar el perjuicio causado prevista por las normas generales del Código Civil (artículos 1078, 1109 y cons.).-

2. Falta de una norma específica: la inexistencia de norma respecto al deber de reparar a la víctima del daño producido en ocasión y a causa del divorcio no da fundamentos atendibles para sostener su improcedencia. Ni por el silencio mismo ni por la consagración de un régimen de sanciones para el cónyuge culpable de la separación personal o del divorcio. Se está frente a la violación de un deber legal y ante un daño patrimonial o moral, esto es, un hecho ilícito con sus elementos propios, naciendo normas que regulan la responsabilidad civil, el deber de reparar, a más, de las consecuencias específicas que tal ilícito está llamado a producir en el ámbito del matrimonio.-

Spota sostiene que se requiere de un texto expreso en contrario para apartarse del régimen general a fin de poder aseverar que del divorcio culpable no surgen daños reparables, sea por el silencio de norma expresa, o bien porque resultaría contrario a la moral y a las buenas costumbres.-

Cecchini y Saux admiten la carencia de reglas legales precisas en el texto del Código Civil argentino, pero sin embargo, formulan la necesidad de echar mano a los principios generales de la responsabilidad por daños para resarcir adecuadamente y en justicia esos daños, patrimoniales y morales, devengados de la fractura culpable de la unidad matrimonial³⁰.-

En la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, (página 320) posiciones sobre éste silencio normativo que tiene al respecto la Dra. Méndez Costa diciendo que el recurso al silencio como técnica legislativa, demuestra que el legislador ha querido que en la cuestión de daños gobiernen la materia los principios generales, a los cuales tácitamente se remite.-

En la misma publicación se recepta ponencia del doctor Bustamante Alsina que entiende que no habiendo un texto contrario, por consiguiente, el amplio espectro de la responsabilidad civil que abre el artículo 1109 del Código Civil suple así la inexistencia de una norma legal que específicamente imponga al cónyuge culpable el deber resarcitorio, además de los efectos propios del divorcio.-

Hace lo propio del Dr. Bidart Campos sustentando que el silencio de las normas del Derecho de Familia sobre responsabilidad, no basta para impedir la extensión a su ámbito de las normas generales o comunes del Derecho Civil, el Derecho de Familia integra el Derecho Civil, formando un cuerpo orgánico de normas jurídicas que se complementan y correlacionan, y por arriba se encuentra el Derecho Constitucional, cuyas normas irradian sus principios estructurales a todo el sistema jurídico. Por ello, no parece acertado, ni jurídica ni lógicamente, constituir al Derecho de Familia en un coto aislado, impenetrable por los principios de Derecho Civil de rango constitucional.-

3. Régimen Propio de Sanciones: con respecto a que el régimen de familia esta sujeto a sanciones específicas, los que pregonan esta postura sostienen que el daño padecido por el cónyuge inocente debe ser reparado, con independencia de aquellas sanciones (pérdida vocación hereditaria, etc) y ello es propio del derecho de daños. Uno es punitivo y el otro es reparador, de allí que no se viola el principio constitucional non bis in idem.-

Cecchini y Saux, en su obra antes citada, recogen las opiniones de Mosset Iturraspe y Méndez Costa que hacen al respecto, fundamentando su postura

permissiva al resarcimiento, que en el régimen sancionatorio propio del divorcio donde hay indagación de culpas, con su secuela de efectos en materia de alimentos, ocupación del hogar conyugal, tenencia de los hijos menores, pérdida de la vocación sucesoria, etc, se está en presencia de una sanción típicamente punitiva, con lo cual anejar a la misma los efectos de la sanción resarcitoria de los daños causados no conculca el principio del “non bis in idem”, como tampoco, por ejemplo, no lo conculca el reproche penal con la consecuente acción civil nacida del mismo ilícito.-

Los autores que bregan por esta postura, en el pleno del 20 de septiembre de 1994, con respecto a este punto sostuvieron que no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho como entiende la tesis negativa, sino son consecuencias distintas con reparaciones independientes, que también tienen un fundamento diferente. Así el derecho de alimentos del cónyuge inocente, tiene un fin asistencial que tiende a cubrir las necesidades alimentarias de éste. Y el resarcimiento por daño moral, apunta a enjugar las consecuencias del hecho ilícito.-

La doctrina que admite la procedencia de esta reparación reconocen que si bien es exacto que el Derecho de Familia regula los efectos sancionatorios del divorcio (obligación alimentaria a favor del inocente, artículos 207 y 217; limitación del derecho alimentario del culpable para el supuesto de que carezca de recursos propios y de posibilidad razonable de procurárselos, artículo 209; continuación de la ocupación del hogar conyugal por el inocente, y paralización de su liquidación si ello le causa grave perjuicio, artículo 211; revocación de las donaciones hechas a la mujer en la convención matrimonial, si ésta fuese declarada culpable, artículo 212; extinción de la vocación sucesoria, que en el divorcio afecta también al inocente, artículo 3574), lo cierto es, que tales efectos no son suficientes para cubrir todos los perjuicios materiales y espirituales que eventualmente pueda sufrir el inocente como consecuencia de la separación o divorcio. los efectos sancionatorios están dirigidos fundamentalmente a sancionar al culpable; la indemnización a resarcir al inocente los perjuicios sufridos, se trata de dos consecuencias distintas del obrar antijurídico.-

4. Cierto Contenido Indemnizatorios de los Alimentos: El resarcimiento de los daños no implica imponer otra indemnización más al cónyuge culpable, además de los alimentos reglados por el artículo 207 del Código Civil. No se trata de una acumulación de reparaciones por el mismo hecho. Los alimentos tienen por finalidad sustituir el apoyo económico que un cónyuge brindaba al otro durante el

matrimonio, es decir, solo se repara el perjuicio resultante de la desaparición del deber de asistencia. Los demás perjuicios que haya sufrido el cónyuge que no causo el divorcio, podrá reclamarlos por vía de la acción indemnizatoria fundada en el derecho común. No hay, por lo tanto, superposición de indemnizaciones.-

5. No Resulta Asimilable al Supuesto de la Nulidad del Matrimonio: por el contrario, resulta asimilable con el régimen de nulidad, atento que en los dos casos hay identidad de razón; en ambos hay algún culpable de una perturbación del matrimonio. Además dentro del derecho civil la aplicación analógica es perfectamente posible, a tenor del artículo 16 de dicho precepto legal.-

El régimen de las nulidades matrimoniales, así como el relativo a la nulidad de los actos jurídicos en general, es un sistema autónomo en orden a los vicios que los invalidan y a los efectos propios del aniquilamiento del acto. Sin embargo, es un principio general que “los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas”. Es decir que aunque en materia de matrimonio nada se hubiese dicho sobre tales efectos de la nulidad, o nada se diga sobre otros efectos del divorcio que no sean los propios de la separación, no obsta ello a que no deban repararse los daños y perjuicios que la ilicitud del comportamiento de una parte hubiese causado al otro sujeto vinculado por el acto.-

6. Inexistencia de Causalidad Adecuada: en nuestro régimen legal esta vigente el sistema del divorcio sanción fundado en la culpa de uno o de ambos cónyuges. Por lo tanto no se puede descartar la culpabilidad en el divorcio. El reconocimiento de la obligación de reparar no es un obstáculo para las soluciones conciliatorias, sino constituye uno de los factores a tener en cuenta en las negociaciones. El argumento de que la admisión del resarcimiento contribuye a la repotenciación de los juicios contenciosos, no es válido para rechazar una demanda indemnizatoria cuando se han acreditado los presupuestos de la responsabilidad civil, desde que la culpa como fundamento del divorcio y del responder civil sigue vigente.-

La dificultad para identificar un culpable del fracaso matrimonial, en razón de que frecuentemente los dos cónyuges han contribuido a la ruptura, tampoco impide que en un considerable número de casos se pueda identificar perfectamente al culpable, por sus conductas o actitudes que sobrepasan estridentemente el nivel de imperfecciones que todos compartimos. Y una vez ubicado al culpable, no hay

motivos para que no surja la obligación de reparar los perjuicios que hubiese causado con su conducta antijurídica.-

POSTULACIÓN DE LA TESIS INTERMEDIA:

La expuso Santos Cifuentes, en su voto en minoría, en el fallo de la Cámara Nacional Civil, sala C, el 17 de mayo de 1988, y ha sido seguido por algunos pronunciamientos judiciales, como también postura que han votado afirmativamente en el pleno del 20 de septiembre de 1994 como ser los doctores Galmarini, Calatayud, Luaces y Molteni, entre otros.-

El doctor Cifuentes entiende que el régimen de sanciones que reglamenta el divorcio es autónomo, que el silencio del legislador sobre la indemnización de daños y perjuicios en el divorcio es fundado y ex profeso, y que por tanto no hay bases para sostener la aplicación de las normas comunes sobre responsabilidad por daños. Sin embargo, cuando los hechos que lleven al divorcio tengan una expansión y gravedad que, al margen de la separación conyugal, entrañen un verdadero daño moral, cuando tales hechos tengan una fuerza dañadora muy punzante, sobrepasando en su gravedad la mera ruptura matrimonial, entonces sí podría verse una lesión moral que debe ser compensada con carácter autónomo. Así, por ejemplo, sostiene Cifuentes el adulterio desembozado, manifestado públicamente, de modo tal que se produzca un rebajamiento ante otros.-

Es decir, considera este autos, que en esos supuesto de gravedad se penetra en el régimen matrimonial por un lado, con el divorcio como término final, pero además está el daño a la persona, al margen del divorcio, que no puede quedar impune, pues se ha sobrepasado la protección y el derecho del inocente que viene por línea del régimen normativo de familia.-

Esta posición intermedia fue refutada por la Dra. Delfina M. Borda en sus fundamentos, afianzándose a la tesis negativa, en el pleno del 20 de septiembre de 1994, donde expresó que: "...no creo que produzca un mayor daño un insulto en público endilgando inmoralidades, que otro tipo de insultos, que quizás se reiteran, lanzados delante de los familiares y amigos, es decir, dentro del círculo que verdaderamente importa. En cuanto a la infidelidad, ella siempre constituye un ataque a la dignidad del cónyuge. No es necesaria que sea desembozada o pública. También se siente afectada la dignidad cuando el adulterio es conocido solo por pocas personas. La ofensa es la misma, la sensación de humillación es la misma y, a mi juicio, no sobrepasa como

sostiene Cifuentes, “la mera relación matrimonial, en sus implicancias, culpas y quiebras”³¹.-

En nuestro sistema jurídico, la obligación de reparar el daño no depende de su mayúscula gravedad. Aunque el perjuicio sea leve, el derecho a la reparación existe lo mismo. Ninguna norma autoriza la distinción entre daños muy graves y otros menos graves. El que causa un daño, cualquiera sea su entidad, debe repararlo. La gravedad del perjuicio incide en el *quantum* de la indemnización, que queda librado al prudente arbitrio judicial, y no en la existencia de la obligación a reparar.-

DOCTRINA NACIONAL:

En este punto analizaremos y expondremos el pensamiento de nuestros juristas con respecto al tema que nos ocupa. Analizando en un primer lugar a los autores que se enrolan en la tesis positiva, para después abordar la corriente negativa.-

Postura positiva:

1. Jorge Bustamante Alsina: afirma que dentro del derecho positivo existen normas legales que consagran una teoría del responder por los daños que se le provocan a terceros, cuando concurren los requisitos esenciales. Entiende que el sistema resarcitorio permite incluir en él tanto el incumplimiento de la obligación contractual como la comisión del acto ilícito, evidenciado que el deber de no dañar que constituye el enunciado del artículo 1109 del Código Civil tienen alcance general y una fuerza expansiva que permite su aplicación a las más diversas situaciones extracontractuales con un sentido moralizador y solidario. Es así que conforme a ese precepto cada uno debe dirigir sus actos según su propia conciencia evitando incurrir en culpas que ocasionen daños a los demás y, si ello ocurriera, el autor debe sufrir la sanción que consiste en reparar el perjuicio conforme a un imperativo de solidaridad social. Considera que la omisión legislativa en relación al divorcio frente a normas expresas en materia de nulidad de matrimonio que regulan sus efectos resarcitorios, no puede sacarse como consecuencia que el cónyuge culpable del divorcio no deba responder de los perjuicios que su conducta ilícita hubiera causado al cónyuge inocente. Las causales del artículo 202 del Código Civil configuran verdaderamente actos ilícitos y si se dan los requisitos de la responsabilidad civil, la operatividad del artículo 1109 del Código Civil es evidente³².-

2. José Nicolás Taraborelli: entiende que estamos en presencia de un daño no tipificado, pero de allí a negar la procedencia de la reparación del daño causado emergente de la separación personal o del divorcio vincular, nos colocaría en la categoría que restringe, los derechos subjetivos, a solo los enumerados expresamente siguiendo la suerte del sistema *numerus clausus*, cuando el sistema de la reparación en el Derecho de Daños, ha tomado autonomía propia, pertenece a la órbita del *numerus apertus*. Si el daño, da nacimiento a la responsabilidad civil, producido el mismo, hay un responsable, él debe indemnizar. Opina que a pesar del silencio normativo, no existe obstáculo para no resarcir los daños causados en tales circunstancias, ya que al no haber prohibición expresa ni tácita es operativo el principio de que lo que no está prohibido está permitido, aclarando que siempre y cuando se den los requisitos de la responsabilidad civil. Este autor acepta el resarcimiento no solamente a los daños generados por las causales que originaron el divorcio o separación, sino también aquellos originados de la separación y divorcio en sí mismo, abarcando tanto el daño material como moral³³.-
3. Jorge Mosset Iturraspe: señala que con la indemnización derivada de los perjuicios resultantes de las causales de divorcio no se castiga dos veces el mismo comportamiento, pues cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio el aspecto familiar, y la indemnización el aspecto patrimonial. Los hechos configurativos de las causales de divorcio, como lo ha reconocido pacíficamente la doctrina nacional son “hechos ilícitos”, en la medida que violan deberes familiares nacidos del negocio jurídico matrimonio, a la que su autor debe responder. Manifiesta que no hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños. No es justo otorgar a uno de los cónyuges un derecho a dañar sin responsabilidad. Con la indemnización no se está pagando el precio de los sentimientos conyugales heridos, ni será la finalidad buscada con el divorcio; es una consecuencia accesoria, nacida de los efectos conexos con la violación de los deberes matrimoniales. Entiende que la imputabilidad es subjetiva a título doloso, son comportamientos queridos por su autor, son estrictamente hechos dolosos y no culposos, no descuidos o abandono en el obrar, sino acciones u omisiones que persiguen un resultado, a sabiendas, aunque ella no sea, necesariamente con la intención de dañar³⁴.-
4. Omar Barbero: acepta la procedencia de la reparación de los daños materiales y morales derivados tanto de los hechos constitutivos de las causales de divorcio

como de éste en sí. Juzga aplicable el artículo 1109 del Código Civil, sosteniendo que es un principio general del derecho. Además dice que la responsabilidad civil no requiere tipicidad como a diferencia en la responsabilidad penal, basta que se configuren los presupuestos o requisitos esenciales de la responsabilidad. En el momento de que Vélez redactó el Código, ya la jurisprudencia francesa se pronunciaba a su favor, y era posible, entonces, que nuestro codificador conociera dicha situación. Si éste no introdujo norma expresa que lo prohibiera, Barbero interpreta que no tenía intención de negar este tipo de resarcimiento, si no lo hubiese hecho expresamente como lo consagró con otros tantos institutos.-

5. Augusto Belluscio: los hechos que configuran causales de divorcio son ilícitos, ya sea por violar deberes derivados del matrimonio o bien por la propia circunstancia de que dan lugar a la sanción civil del divorcio, lo que implica una obligación de abstenerse de ejecutarlos. No hay nada de inmoral en este resarcimiento, ya que no se trata de que el cónyuge inocente obtenga un beneficio, sino que sea resarcido de los perjuicios ocasionados por la conducta dolosa o culposa del otro esposo. Además entiende que no se persigue solamente el interés privado del cónyuge inocente, sino también, está en juego el orden público y social. Acepta la postura que hay que resarcir no solamente los daños derivados de las causales que generan el divorcio, sino también los del divorcio en sí³⁵. Para Belluscio, la reparación de los daños y perjuicios derivados de los hechos que da lugar al divorcio no significa que el cónyuge inocente obtenga un beneficio, sino que sea resarcido de los perjuicios ocasionados por la conducta dolosa o culposa del otro esposo, evitando así que el divorcio se convierta en un hecho dañoso y la eventual alternativa de verse perjudicado patrimonialmente o renunciar a la defensa del honor mancillado por el cónyuge que hacía caso omiso de las obligaciones que el matrimonio comporta. Es decir, así como los efectos que recaen sobre el culpable son una derivación razonable del hecho de haber puesto fin por su inconducta a la convivencia familiar, también resulta lógica, justa y adecuada la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad civil, para compensar y reparar los daños que ocasionan los actos ofensivos eficientes para decretar el divorcio³⁶.-
6. Jorge A Mazzinghi: este autor considera resarcibles los daños que dan lugar a la separación del divorcio, ya sean materiales como morales, pero disiente con respecto a los daños producidos por el divorcio en sí, considerando que son precedentes los daños materiales cuando son ciertos que constituyan una consecuencia directa de ese pronunciamiento, y estén apoyados en pruebas que demuestren sin lugar a duda su existencia y entidad, como por ejemplo los daños

derivados de la disolución anticipada de la sociedad conyugal. No está de acuerdo en resarcir los daños morales que derivan del divorcio en sí³⁷.-

7. Ricardo J. Dutto: cree correcto, dándose los elementos esenciales de la responsabilidad civil, que prospere la demanda de daños y perjuicios por los derivados del hecho ilícito constitutivo del divorcio, por tener una conexión causal de primer grado, no así los daños derivados del divorcio en sí mismo. El cónyuge al incumplir con los deberes matrimoniales produce una ofensa que hacen viable la reparación. El dinero con el cual se compensa o satisface a la víctima no desempeña el rol de equivalencia, es decir de determinación en dinero del valor del daño padecido. Rebatiendo la postura negativa en su pensar que este tipo de resarcimiento abren las puertas a la vía contenciosa para demandar el divorcio y no a la presentación conjunta, sostiene que dicha doctrina tiene demasiado celo tuitivo, función impropia para ellos, que si le corresponde al legislador. Una solución no cristalizada expresamente pero que si anhelada por buena parte de la doctrina, resarcir el daño moral sufrido por el cónyuge inocente en la ruptura matrimonial ocasionado por el hecho ilícito del otro consorte, el cual configura causales normadas por la ley de fondo³⁸.-
8. Héctor L. Manchini: el silencio de la ley 2393 acerca de la procedencia del resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del divorcio y de los hechos que lo generan no impide la aplicación de los principios generales en la materia contenidos en los artículos 1077, 1078 y 1109 y concordantes; por el contrario, el silencio importa un vacío de la ley especial que es cubierto por las normas citadas del Código Civil y que deben ser observadas obligatoriamente por el magistrado siempre que en la causa se acredite debidamente el hecho ilícito imputado al cónyuge culpable, el perjuicio material y/o moral sufrido por el esposo inocente y la relación de causalidad entre ambos. Esta acción no es contraria a la moral, las buenas costumbres o al espíritu de la ley argentina. Tal pretensión no se diferencia en nada de cualquier demanda común de reparación de daños y perjuicios y el juez debe hacer lugar al reclamo si en el transcurso del proceso se demuestran fehacientemente los extremos indicados anteriormente³⁹.-
9. Alberto G. Spota: comenta un fallo emitido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno de Montevideo, Uruguay, en donde se concedió el resarcimiento de daños morales por la conducta adúltera de uno de los cónyuges. En dicho fallo Spota comenta que si bien es verdad que en ambos derechos no se ha establecido como consecuencia de los daños patrimoniales ocasionados a un cónyuge por la causal de divorcio que implica incumplimiento del deber de reciproca fidelidad

que impone la ley de matrimonio civil una norma expresa que obligue a resarcir los daños, por el contrario, se requiere una norma expresa en contrario, inspirado que es más el daño que beneficio el que se le produce a la sociedad el no permitir el resarcimiento. Refutando a la postura negativa dice que la convicción de éstos de sustentar que atenta contra la moral carece de toda fuerza⁴⁰.-

10. Eduardo A. Sambrizzi: participa de la opinión favorable al resarcimiento tanto del daño material como moral, pues cree que cuando la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges, en violación de una disposición legal, tiene una relación adecuada de causalidad con el daño causado al otro cónyuge, debe resarcirse el perjuicio causado. Interpreta al artículo 1109 del Código Civil como una norma general de carácter expansivo, aplicables a todas las situaciones, inclusive en el derecho de familia, coincidiendo con Spota al sostener que para su no acatamiento debería existir una norma expresa que lo prohibiera, es decir, el silencio del legislador debe interpretarse como una remisión a las normas generales en materia resarcitoria. Disiente con la opinión negativa de que dichos daños están alcanzados por los artículos 207, 211, 212, 3574 del Código Civil poniendo como ejemplo la siguiente situación: podría darse el caso de que el esposo culpable no se encontrare obligado a prestarle alimentos al otro, cuando por ejemplo los recursos del cónyuge inocente fueran superiores a los del culpable, en esta hipótesis no se puede decir que el artículo 207 constituye reparación de los perjuicios causados. Tampoco es inmoral la actitud de quien reclama, por el contrario, lo inmoral sería que esos daños quedaran si resarcir, con lo cual se consagraría una especie de inmunidad a favor de la conducta ilícita del esposo culpable⁴¹.-
11. María J. Méndez Costa: la reparación de los daños resultantes tanto de las causales culpables contempladas en el artículo 202 del Código Civil, como también de la separación y del divorcio considerados en sí mismos, conforma un medio de protección a la familia, por constituir un mecanismo adecuado para favorecer la permanencia del matrimonio en la plenitud de sus efectos. Dice dicha autora que es innecesario demostrar que esas causales culpables lesionan los derechos subjetivos del esposo ofendido, como el derecho a la fidelidad, en el caso del adulterio; el de ser moralmente asistido, en el de la injurias graves y en la instigación a cometer delitos; el derecho a la convivencia, en el abandono, además de otros derechos anterior e independientes al matrimonio, como el derecho a la vida, en el atentado contra la misma, el derecho al honor, en las injurias y la violación de intereses del padre o madre, cuando se atenta contra la vida del hijo.

Se vulneran los derechos del cónyuge a la perduración en el tiempo del status que asumió al celebrar el matrimonio.-

12. Eduardo A. Zannoni: acepta no solamente los daños que produce el divorcio en sí, sino también los que son consecuencia de los hechos que lo determinaron, acreditados con la prueba de las causales invocadas en el juicio de separación personal o divorcio. Sin embargo es bueno adoptar en esta materia un criterio prudente al valorar los hechos que se invocan como causa de daños, ya que no toda ruptura da origen a la aplicación de los principios de la responsabilidad civil, es decir, el derecho al resarcimiento, no deviene del divorcio, o porque el hecho dañoso sea causal de divorcio. la causa del divorcio no tiene por que constituir causa de un resarcimiento de orden económico. En cuanto al resarcimiento del divorcio en sí cree que en principio el daño moral debe ser descartado, ya que el divorcio como tal no es fuente de daños, es una alternativa, ante el fracaso matrimonial; inclusive para imposible separar el daño moral producido del divorcio en sí de las causas que lo provocaron, porque el daño moral, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable⁴².-

Otros autores que comparten la misma postura son: Leonardo Colombo, Juan C. Rébora, Acdeel Ernesto Salas, Aída Kemelmajer de Carlucci, Arturo Acuña Anzorena, Elías Guastavino, Francisco Cecchini, Edgardo Saux, Julio López del Carril, Daniel D'Antonio, Celina Perrot, Claudio Romano, Germán Bidar Campos, José Velazco, Lidia Makanich de Basset, entre otros.-

Postura negativa:

1. Juan Antonio Bibiloni: fue el primero en sostenerla. En su Anteproyecto de reformas al Código Civil, en 1929, manifiesta toda su oposición al resarcimiento del daño moral. Ante esta opinión restrictiva, de solo procedencia del daño material, entendía que la conciencia moral se subleva ante los reclamos del marido que pretende, con esta acción, cobrarse el precio de su honor lastimado. Sostenía que aquellos que se amparaban en el daño moral fomentaba especulaciones malsanas, codicias agresivas y sobre todo peligrosa porque es arbitraria, porque no hay daño, perjuicio, pérdida de valor, que el dinero puede compensar. Además se pregunta ¿cuánto vale en un caso el daño moral?. No hay punto alguno en que afirmar la estimación. El juez la fija arbitrariamente, porque si. Entonces, no es reintegración de una pérdida, sino una condenación penal suplementaria, e

inclusive no uniforme para todos, para unos puede ser una fortuna y para otros declararla que no procede⁴³.-

2. Guillermo A. Borda: este prestigioso jurista pudo expresarse al respecto como juez de primera instancia en un fallo del 3 de julio de 1957, en donde si bien admite que es verdad que el adulterio es un hecho ilícito y que el marido engañado puede haber sufrido daños con motivo de él, la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra, es contraria a la moral y las buenas costumbres y no puede ser acogida por los tribunales. Además dice que la admisión de la acción de daños por adulterio trae de la mano a otra consecuencia: que cualquiera que sea el motivo del divorcio, el cónyuge inocente podrá reclamar del culpable los daños y perjuicios, porque toda causal de divorcio constituye un hecho ilícito. Se trata de la culpa en el divorcio, con el mismo criterio que el incumplimiento culposo de un contrato o que un accidente de tránsito. Se cuestiona como se puede determinar sin lugar a dudas (aunque admite casos excepcionales) que cónyuge es el culpable; muchas veces el adulterio o el abandono del hogar no son más que la punta del iceberg, cuya base está compuesta de pequeños hechos, que el juez no llega a ver, que son la verdadera causa del divorcio. Ante la declaración culpable es el propio derecho de familia quien brinda las sanciones pertinentes, como resulta de los artículos 207, 211 del Código Civil. La idea que un cónyuge pague al otro en dinero constante y sonante el daño moral que le produjo con su adulterio es repugnante a la idea moral. Permitir este resarcimiento implicaría que el culpable deba pagar una doble indemnización, resultando abusivo y desconociendo la especialidad del Derecho de Familia. No se puede tratar sus problemas con el frío razonamiento del derecho patrimonial. No obstante aclara que si el hecho que se le imputa a uno de los cónyuges fueran lesiones físicas, o atentado contra la vida del otro o de los hijos es claro que procedería la indemnización, pero no ya fundada en una causal de divorcio, sino en el delito de derecho criminal cometido, que requeriría una sentencia inculpatoria de ese fuero⁴⁴. El doctor Durañona y Vedia, en su voto afirmativo del fallo dictado 17 de mayo de 1988 al decir sus fundamentos refuta al Dr. Borda diciendo: "...no se concibe como inmoral o repugnante a las costumbres a toda pretensión indemnizatoria de daños que tengan adecuada relación de causalidad con los hechos ilícitos que dan lugar al divorcio. Si los hechos son de tal laya y existe un daño cierto, no puede ser inmoral reclamar la indemnización...". Barbero hace lo propio, diciendo que no cabe duda que puede darse en muchos casos una demanda inmoral, en la cual se pretende lucrar con la deshonra, por su íntima relación con

la ética, ya por objeto inmoral, ya por abuso del derecho, pero que los tribunales en cada caso concreto no deben permitir.-

3. Jorge J. Llambías: se ha pronunciado en contra de la indemnización por los daños resultantes del divorcio, con fundamento en el hecho de que la prestación objeto de la obligación debe tener un contenido susceptible de apreciación pecuniaria, lo cual sería ajeno a los deberes de asistencia y fidelidad que derivan del matrimonio. Ello hace que el incumplimiento de tales deberes, constitutivos a su vez de causas que dan lugar al divorcio, no son una consecuencia de la violación de una obligación, concluyendo entonces que no existe obligación resarcitoria. Señala que la confusión que reina en esta materia proviene de no haber sabido distinguir entre la prestación (siempre patrimonial) y el interés del acreedor (moral o material) al que ella sirve. Así las obligaciones contractuales sirven a un interés patrimonial, las extracontractuales a veces a un interés moral del acreedor (por ejemplo: la obligación de indemnizar el daño moral causado por un homicidio tiene un objeto patrimonial, aunque sirva a un interés moral. Barbero le efectúa una réplica diciendo que: si bien es verdad que la fidelidad no es una obligación stricto sensu, pero si alguien viola ese deber y ocasiona un daño, nace entonces la obligación de repararlo, y sí se tratara de una obligación, su objeto es un prestación susceptible de apreciación pecuniaria. Tampoco es una obligación el deber de respetar la vida, pero sin embargo, aquel que la viola le surge la obligación de reparar los daños causados.-
4. Carlos Vidal Taquini: manifiesta su postura negativa argumentando el silencio del codificador, la ley de matrimonio civil y la actual 23.515, debiendo tal silencio ser interpretado en el sentido de la voluntad del legislador de no acordar resarcimiento en esa materia. Sambrizzi, replica a la postura de este autor diciendo que mantiene criterios contradictorios, ya que el primero está de acuerdo en la procedencia actual de la indemnización, por aplicación de las normas generales en materia de responsabilidad extracontractual, cuando existan daños derivados de la ruptura de los esponsales, y ello a pesar de que tampoco en este caso existe, en materia matrimonial, una norma expresa que establezca la indemnización.-
5. Alberto D. Molinario: descartó tal resarcimiento en el derecho vigente por ausencia de norma expresa, sin perjuicio de considerarlo conveniente de lege ferenda⁴⁵.-
6. Enrique Díaz Guijarro: insiste en que carece de respaldo legal la tesis afirmativa por ausencia de preceptos particulares que entienda ineludibles al sostener el carácter autónomo del régimen de sanciones que determina el divorcio: pero a

diferencia de Molinario es reacio a todo resarcimiento en ese ámbito y lo califica como “una indignidad”⁴⁶.-

7. Néstor E. Solari: fundamenta su opinión en contra el resarcimiento en: el silencio del codificador, la derogada ley 2393, y la actual ley 23.515, así como otras leyes que refieren al derecho de familia. El principio de especialidad es central, su régimen propio de sanciones. Replica lo dicho por el doctor Mosset Iturraspe “no puede hacerse del matrimonio un coto impenetrable al derecho de daños”, respondiendo que es una falacia, que conlleva el desconocimiento de las elementales normas que rigen las relaciones entre cónyuges separados o divorciados. Que la aplicación de los daños y perjuicios en el divorcio, no puede quedar librado a la aplicación pretoriana, pues, sus consecuencias modifican sustancialmente los efectos derivados de tales uniones. La solución es tema que compete al legislador y no a los jueces. Además se estaría aplicando una doble sanción, las consecuencias específicas contempladas en la ley de matrimonio civil, más la consagradas en la parte general⁴⁷.-
8. Pedro Di Lella: postula separar dentro del Derecho de Familia las instituciones propias de éste, matrimonio, divorcio, filiación y patria potestad y entender que el derecho de daño no se aplica a las relaciones y obligaciones personales derivados de esos vínculos salvo que el legislador disponga expresamente otra cosa. Por el contrario, si la violación de algún específico deber derivado de esas instituciones implica además la comisión de algún acto ilícito civil que obligue a reparar entonces la obligación derivará de esta disposición ya que el derecho de familia tampoco será un “bill de indemnidad” para realizar ilícitos. También considera aplicable el derecho de daños en todo el campo de las relaciones patrimoniales, es decir, que cuando las relaciones creadas por el vínculo familiar se extienden al campo específicamente patrimonial, ninguna dificultad hay en aplicar las normas del derecho civil a estas relaciones en la medida que el mismo cuerpo legal no las haya excluido expresamente⁴⁸.-
9. Teresa Estévez Braza: expresándose por a postura negativa sostiene que: el consentimiento válido testado al contraen matrimonio no autorizada paliar errores acaso propios de un apresuramiento nacido en la permisiva y facilista sociedad presente. Las penas y los conflictos son propios de la vida del hombre y no aparece conforme al valor justicia reparar agravios que van insitos en ella misma y en todas sus circunstancias. Por otra parte la aplicación genérica de los principios de responsabilidad civil no puede viabilizarse en una materia tan específica, ya

que el matrimonio no puede entenderse uno más entre los diversos actos jurídicos a causa de la particular caracterización que le alcanza la esfera de afecciones⁴⁹.-

Comparten también esta postura los doctores Escuti Pizarro, López Aramburu, Demundo, Achaval, Kiper, Moreno Hueyo, Gargano, Delfina Borda, entre otros.-

Postura intermedia:

En el pleno del 20 de septiembre de 1994 votaron siguiendo la postura del doctor Cifuentes: los doctores Luaces, Molteni, Galmarini, Calatayud, entre otros.-

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL:

El Dr. Germán J. Bidart Campos dió su opinión en el caso “Linzuin de Paludi M. S. c/ Paludi s/ divorcio.-

Si el derecho de familia está contenido por el derecho civil (aún cuando en ciertos casos una o mas leyes que regulan aspectos del primero puedan no formar parte formalmente del Código Civil) se pregunta si las normas o los principios generales del derecho civil al que denomina “derecho común” se proyectan a todo su ámbito, o al contrario, si algunas áreas de éste, como ser el derecho de familia, resisten a su aplicación por haber en él normas o principios propios e independientes de los antes citados. Sobre éste punto Bidart Campos responde que no puede el derecho de familia resistirse a la aplicación del derecho común, e inclusive ejemplifica diciendo que, tampoco lo hace el derecho público, como lo es la aplicación del derecho civil sobre responsabilidad de los funcionarios públicos en el campo del derecho administrativo, ejemplo de esto es el artículo 1112 Código Civil.-

El Dr. Bidart Campos dice que si en un campo específico (por ejemplo el matrimonio) el derecho civil cuenta con normas propias (por ejemplo en materia de nulidad) hay base para presumir que esa materia tienen que aplicarse tales normas y no las generales o comunes a todo el derecho civil, que por ende no vienen especialmente destinadas en la ley a una institución determinada; pero igualmente estas pautas reduccionistas deben manejarse como una presunción de que las normas específicas en esa materia desplazan y obstan a la aplicación de las generales o comunes, y no como una pauta rígida e inexorable.-

Nuestra Carta Magna en el artículo 19 consagra el principio de “no dañar a otro”, por lo que se debe irradiar sus derivaciones como principio general del derecho constitucional a todo el resto del sistema jurídico. Entonces, el silencio de las normas del derecho de familia sobre responsabilidad, o la existencia de algunas propias y específicas de él, no bastan para excluir la extensión a su ámbito de las que se llamas “normas comunes” del derecho civil.-

El Dr. Bidart Campos se inclina por la posición afirmativa, pero aclara que no se indemniza el daño causado por el divorcio en sí y en cuanto tal, sino el provocado por los hechos que configuraron las causales de divorcio.-

CAPITULO 4

NATURALEZA JURIDICA:

La mayoría de la doctrina de los autores y de los jueces coinciden en que estamos frente a una responsabilidad de naturaleza extracontractual, desde que la violación de los deberes familiares nacidos del matrimonio y que dan causa al divorcio no constituyen el incumplimiento de una obligación que active la denominada responsabilidad contractual. Del mismo ilícito nacen consecuencias distintas, efectos jurídicos diferenciados, uno de contenido extrapatrimonial, la separación o el divorcio, y el otro, de contenido patrimonial, tal como el deber de reparar el daño causado a consecuencia de la ruptura. Y de esta común causa, fundada en un negocio jurídico preexistente, entendido esto en el sentido técnico jurídico, no puede basarse en ello la ubicación de la naturaleza de la responsabilidad en el ámbito de lo contractual, tal los términos del artículo 519 y siguientes del Código Civil. De allí que se sostenga que las normas aplicables resultan los artículos 1109, 1077 y 1078 del mismo precepto legal. No obstante, se ha defendido en la doctrina nacional una opinión que afirma que, por el incumplimiento de cierto deberes propio del matrimonio, la responsabilidad de vida es del orden contractual, tal criterio sostenido en el Pleno de la Cámara Nacional Civil del 20 de septiembre de 1994, por la Dra. Elena Highton. Considera que al existir una relación jurídica previa como la nacida del matrimonio, los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones previamente establecida y nacidas de aquella, abre la vía de la responsabilidad contractual.-

Las normas de la responsabilidad contractual resultan aplicables al supuesto, pues ellas corresponden no solo cuando ha habido contrato entre las partes, sino también, en principio, en todo los casos en que hay obligación preexistente nacida de un acto lícito. No necesariamente debe ser esta contractual, pudiendo haber una obligación legal, como en el caso.-

No puede confundirse la obligación genérica de no dañar a otro, en los casos en que no existe obligación previa entre víctima y victimario y cuya violación da lugar a la responsabilidad aquiliana, con la obligación específica de no dañar al cónyuge que es el acreedor de diversas prestaciones apropiadas a las circunstancias, o sea de una obligación preexistente y cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad

contractual. No habrá en tal proceder ni delito ni cuasidelito, únicos casos de responsabilidad extracontractual.-

Sostiene la Dra. Highton que el incumplimiento a los deberes puede generar o constituir un ilícito, pero las obligaciones de fidelidad, de cohabitación, de alimentos, etc, nacen de gente lícita, por ello el incumplimiento de estas obligaciones da cabida a una responsabilidad contractual. Dice que es falsa la equiparación clásica que atribuye la responsabilidad contractual a la derivada del incumplimiento del contrato y la responsabilidad extracontractual a la no existencia de él. Todo por que la clasificación se basa en la existencia o no de una relación jurídica previa. La cuestión es si existe vínculo obligacional previo de fuente lícita o no, independiente de que él sea de origen contractual o legal. Si la causal de divorcio se consuma por las injurias que importan las lesiones sufridas por el cónyuge inocente, la responsabilidad será extracontractual desde que en ello, la calidad de cónyuge resulta prescindente al deber de reparar. Por el contrario si el daño tiene su causa en la violación al deber de fidelidad, la responsabilidad será contractual desde que solo al cónyuge se lo puede hacer víctima de ello.-

La trascendencia jurídica del distingo sostenido por la Dra. Highton, se refleja en lo referente al daño moral, si es de naturaleza contractual, se regirá por el artículo 522 del Código Civil, mientras que si es extracontractual lo será con aplicación del artículo 1078 del Código Civil.-

El Dr. Barbero, en su obra ya citada, sostiene que en nuestro derecho positivo, el matrimonio no encuadra dentro del concepto de contrato, si bien se puede decir que hay una declaración de voluntad en común “el consentimiento de los cónyuges” no tiene por mira el matrimonio fijar las reglas a las cuales van a someter su unión sino simplemente manifestar su acatamiento a las que la Ley por decisión del legislador, le señala en términos imperativos e ineludible que en manera alguna podrán ellos alterar. Falta por tanto en el matrimonio, lo que es esencial a todo contrato; la facultad de los contratantes para establecer sus derechos y obligaciones recíprocos y la extensión de los mismos. El que viola los deberes del matrimonio incumple, no un contrato, sino deberes de orden social, por lo tanto la responsabilidad es extracontractual.-

El Dr. Belluscio sostiene que la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, o del divorcio en sí, es extracontractual. Aunque se trate del incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, éste no es un contrato, no existen obligaciones libremente pactadas en el marco del artículo 1137 del Código Civil, sino de deberes impuestos por la ley a quienes se unen en matrimonio.-

Este prestigioso jurista en un primer momento se inclinó, con respecto a la anticipada disolución de la sociedad conyugal, como de naturaleza contractual, sosteniendo que la misma es un contrato, por más que revista caracteres peculiares, justificándose también por la ubicación dada por el codificador. Un nuevo examen de la cuestión cambia su postura y sostiene que en todos los casos la responsabilidad debe ser considerada extracontractual, pues aún cuando el resultado final del incumplimiento de los deberes conyugales sea la disolución de la sociedad legalmente impuesta a los esposos, la falta es a los deberes derivados del matrimonio en sí, y no a los resultantes del régimen patrimonial del matrimonio⁵⁰.-

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:

Si la acción de daños y perjuicios derivadas de la separación personal y del divorcio vincular es entablada conjuntamente con la de divorcio, es competente el Tribunal que debe conocer en este último proceso, al cual aquella pretensión va aneja. Igual solución si es por, cuando el reclamo resarcitorio es posterior a la sentencia que declara el divorcio sanción.-

El despacho V-B de la Comisión I de las Jornadas de Derecho de Daños en Homenaje al Dr. Bustamante Alsina, con la firma, entre otros de Kemelmajer de Carlucci, Andorno y Medina, se expidió que no existe acción autónoma, es una acción accesorio, para reclamar los daños y perjuicios vinculados al divorcio, es decir, es dependiente de la acción de separación o divorcio.-

La doctrina mayoritaria entiende que esa es la solución más acertada, por cuanto dada la singular naturaleza del juicio contencioso de divorcio, donde sólo el juez o Tribunal que entiende en la causa conoce en profundidad los pormenores, intimidades y subjetivismos propios de ese tipo de proceso, es él quien mejor se encuentra capacitado para resolver la controversia inherente a la faz resarcitoria del daño sufrido como correlato de los mismos hechos que dieron origen a la sanción, o la real magnitud de las secuelas lesivas para el cónyuge inocente respecto de esa ruptura por él declarada. Es importante esta inmediatez por parte del Tribunal, ya que es éste el que está en contacto con todo el material fáctico como probatorio, y la suma relevancia de evitar sentencias contradictorias.-

Si se rechaza el divorcio por no haberse demostrado las causales invocadas deberán rechazar consecuentemente la acción resarcitoria; es decir, su funcionamiento depende necesariamente de la culpabilidad de los cónyuges, correspondiéndole esa

calificación al juez al momento de dictar la sentencia de separación o divorcio. La sentencia que se pronuncie en el juicio de separación o divorcio producirá cosa juzgada en el reclamo indemnizatorio.-

El cónyuge separado de hecho inocente de la separación, no puede demandar por resarcimiento de daños morales y materiales al otro cónyuge sin promover previo o conjuntamente las acciones de separación o divorcio, pues la sentencia de divorcio hace cosa juzgada en el juicio de indemnización. Obviamente que no podrá reclamar los daños y perjuicios derivados del divorcio en sí, pues éste no llega a existir sin declaración judicial competente.-

Al ser esta acción accesoria de la demanda de divorcio o separación, tiene los mismos caracteres de la acción principal, es personalísima, por lo cual resulta intransmisible por actos entre vivos y también por causa de muerte. Por lo tanto los herederos del cónyuge inocente no podrán proseguir ni promover la acción, solución que evitará el enfrentamiento de los hijos con los progenitores demandados en beneficio de la unidad y protección de la familia. Posición contraria es la que sostienen los doctores Belluscio y Barbero, donde le concede legitimación activa a los herederos del cónyuge inocente, salvo la acción de daño moral que solo puede entablarla el damnificado directo de acuerdo a lo consagrado por el artículo 1078 segundo párrafo del Código Civil, o que sus herederos la prosigan después de entablada por el difunto. La obligación de indemnizar pasa también a los herederos del culpable de acuerdo al artículo 1098 del Código Civil. Pueden existir más perjudicados, como por ejemplo, los padres del cónyuge inocente, pero éstos autores le niegan legitimación activa atento no haberse lesionado un derecho subjetivo suyos.-

En resumen de acuerdo a la postura mayoritaria el legitimado activo de la acción resarcitoria es solo el cónyuge inocente. Legitimado pasivo, el culpable y eventualmente su cómplice, coautor o instigador.-

Dentro de nuestra Provincia, Santa Fe, donde se consagran en los artículos 541 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial, y artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales, tanto el divorcio contencioso como las demandas por resarcimiento de daños generados en ilicitudes extracontractuales tramitan ante Tribunales Colegiados de Juicio Oral, el primero de ellos ante los Tribunales de Familia, las segundas ante los de Responsabilidad Extracontractual, pero atento a los fundamentos expuestos precedentemente son los primeros los que entienden en los reclamos de daños vinculados a los divorcios por ellos mismos declarados.-

RESPONSABILIDAD DE TERCEROS:

Al configurarse el hecho constitutivo de la causal de separación o divorcio, generalmente actúa solo uno de los cónyuges, pero a veces junto a este declarado culpable actúan terceros, que resultan ser cómplices, o autores o instigadores. El ejemplo claro es en el adulterio. Dicho cómplice responderá conjuntamente con el cónyuge culpable de manera solidaria por los perjuicios causados, siempre que se acrediten a su respecto los requisitos de la responsabilidad civil, (artículos 1081 y 1109 del Código Civil) y carecerá de acción recursoria atento que casi siempre se tratará de delitos.-

Este tercero, no solo responde de los daños derivados del hecho en sí (consecuencia inmediatas), sino también de los daños derivados del divorcio en sí (consecuencias mediatas), pues el ilícito que realiza es sabiendo que cooperaba con una persona casada en contra de su cónyuge, siempre que tuviera conocimiento de esto.-

PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN:

El artículo 3969 del Código Civil, establece que la prescripción no corre entre el marido y la mujer, aunque estén separados de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente, por tanto, no corre la prescripción para la acción por indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de los hechos constitutivos de las causales de separación o por la separación en sí misma.-

No obstante, dicha norma resulta inaplicable en el caso de divorcio, ya que no existe vínculo entre ellos, entonces la prescripción por aplicación de los principios generales de la responsabilidad extracontractual es de dos años, consagrado en el artículo 4037 del Código Civil, comenzando esta a correr cuando la sentencia de divorcio se encuentre firme.-

También se le aplica el plazo de prescripción de dos años al cómplice, autor o instigador.-

MONTO RESARCITORIOS:

Con la reforma de 1968, que incorpora la ley 17711 al Código Civil se invierte el principio tradicional y se establece que el resarcimiento del daño consistirá en la

reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso se fijará en dinero. También el damnificado podrá optar por la indemnización en dinero.-

En adelante el resarcimiento deberá ser en especie, y solamente si no se puede o a elección de la víctima podrá optarse por el dinero. Claro está, que en el tema que abordamos, en la mayoría de los casos no parece posible que proceda el resarcimiento en especie, por tanto la indemnización en dinero es ineludible.-

Si bien, en principio, la indemnización debe ser fijada en forma global, las Jornadas sobre “Temas de Responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas”, realizadas en 1979 en Rosario, sostuvieron que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, norma que prohíba que dicha indemnizaciones sean abonadas en forma de renta o pensión. Sumado, además, lo prescripto por el artículo 1084 in fine del Código Civil que expresa que el juez puede fijar “el modo de satisfacerla”. A pesar que estas Jornadas fueron realizadas en relación al homicidio y lesión, se entiende aplicable para todos los hechos ilícitos, inclusive los derivados del divorcio.-

Concluyendo que la indemnización puede ser fijada en capital o renta. Si se hace con esta última modalidad, el deudor deberá ofrecer garantías suficientes de que su pago se hará efectivo. En este caso, la pensión o renta cesaría con la muerte del inocente, pero la obligación de pagarla se transmitiría a sus herederos en caso de fallecimiento del culpable.-

Hay que aclarar que no es equiparable a una pensión alimentaria, por lo que sería cesible, podría transigirse a su respecto, no cesaría por incurrir el inocente en hechos previstos en el artículo 71 bis de la ley de matrimonio civil.-

La indemnización debe ser fijada conforme al principio de la reparación plena, según el cual el responsable debe resarcir todo el daño causado con su acto ilícito.-

Con respecto a los daños y perjuicios derivados del divorcio en sí, puede además el damnificado obtener un beneficio económico, como por ejemplo, el doctor Belluscio, menciona la desaparición de la obligación del marido de sostener a su esposa, en tal supuesto debe tenerse en cuenta el beneficio logrado para disminuir el monto de la indemnización.-

Es importante resaltar que el monto de la indemnización, en el orden de los daños materiales quedará sujeta a la prueba de su cuantía y por los daños morales, reservados a la determinación judicial, pues su existencia se acepta como producido cuando se dan determinadas circunstancias que en el orden normal de los sucesos producen lesión en bienes extrapatrimoniales. Su monto es independiente de la necesidad del inocente y de los recursos del culpable.-

El doctor Belluscio se plantea una importante cuestión referida al principio de reparar en especie para el daño causado por la disolución de la sociedad conyugal. Se pregunta: ¿podría el cónyuge inocente petitionar se aplique el principio que establece el artículo 1083 del Código Civil, a pesar de que el mismo precepto legal ordena la disolución de la sociedad conyugal? Responde que no podría ser así en todos los casos atento que una norma no puede anular a la otra, pero cabría la posibilidad de la no disolución parcial de la comunidad cuando la división de alguno bienes representara un grave perjuicio particular para el cónyuge inocente, en especial cuando implicase la partición del inmueble que constituye su hogar o la de su establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero o minero y no se diesen las condiciones de aplicación del artículo 53 de la ley 14.394, o excediese el plazo previsto por esta disposición.-

El monto de la indemnización puede fijarse convencionalmente entre los cónyuges después de decretado el divorcio, pues nada se opone a ello. No podrían, en cambio, hacerlo antes, pues es jurisprudencia unánime que carece de valor todo convenio entre cónyuges tendiente a disolver o liquidar la sociedad conyugal antes del divorcio, para de esa manera impedir la introducción de arreglos matrimoniales en el juicio de divorcio que pueda implica la violación de la prohibición de las convenciones matrimoniales posteriores a las nupcias, o podría encubrir una donación prohibida, o una división anticipada de bienes. Pero una vez pronunciada la sentencia de divorcio, esos convenios son lícitos⁵¹.-

En esta cuestión es importante destacar la prudencia y la equidad que debe tener el juez al momento de establecer el monto indemnizatorio, ya que si no procede de este modo, corre el riesgo de abrir la puerta al negocio vil con este tipo de juicios, permitiendo injusticias mayores que las que se quieren evitar mediante la admisión de estas acciones resarcitorias. Aún más, deberá rechazar sin temor toda acción que importe el ejercicio abusivo de un derecho.-

EFFECTOS QUE PRODUCE LA RECONCILIACIÓN A LA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DEL DIVORCIO O SEPARACIÓN PERSONAL:

Nuestro Código Civil en su artículo 234 establece que: “Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado... restituirá todo al estado anterior a la demanda. La reconciliación posterior a la sentencia firme de

divorcio vincular solo tendría efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio”.-

Por tanto, se extingue el derecho a la indemnización que tenía el cónyuge inocente, y en el caso que hubieran sido ya pagadas, Barbero entiende que, corresponde su restitución. Pero aplicar esta solución puede conducir a consecuencias disvaliosas: ya que si el culpable demanda la restitución del dinero al inocente acarrearía el quiebre de la reconciliación. Los autores proponen como una solución práctica de tener en cuenta dicha suma al momento de disolver la sociedad conyugal, por ejemplo si uno de los dos muere.-

Los efectos de la reconciliación solo alcanzan a los cónyuges, no al tercero.-

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:

La acción caduca por reconciliación de los cónyuges, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 234 del Código Civil, antes que se decrete el divorcio vincular. Barbero sostiene que igualmente caduca la acción, si el cónyuge inocente del divorcio contrae nuevo matrimonio o vive en concubinato, en este sentido, al menos el daño moral. Un fallo de la Cámara 1ª Civil y Comercial La Plata, dictado el 7 de abril de 1983, en autos: A., A. c/ A., M. N. s/ daños y perjuicios entendió que no impide el resarcimiento por daño moral la circunstancia que luego el cónyuge inocente pueda formar nueva pareja, desde que esa unión no es equiparable a la que se ha destruido.-

CUESTIONES PREJUDICIALES:

Si el hecho constitutivo de la causal de divorcio es a la vez delito de derecho penal, se aplica lo dispuesto en los artículos 1101, 1102, 1103 y 1106 del Código Civil.-

PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL:

El proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 acoge explícitamente esta acción, a modo de dirimir definitivamente cualquier duda que aún pudiese esgrimirse, consagrando la reparación de los daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio en el artículo 525 que expresa:” 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 solo 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 artículo 1686”. Esto es, acoge el doble esquema de reparación de los daños producidos por los hechos constitutivos de las causales de divorcio y del divorcio mismo. Niega la acción de forma autónoma, la que liga al proceso de separación y finalmente imputa responsabilidad solo por culpa o dolo, es decir, responsabilidad subjetiva.-

CAPITULO 5

DERECHO COMPARADO:

Derecho Francés

La evolución del derecho francés en esta cuestión se inicia desde el inicio mismos de la vigencia del Código de Napoleón, texto que omitió admitir de modo expreso la acción de resarcimiento por ese específico daño derivado del divorcio, de allí que diera ser su jurisprudencia la que avanzara en la elaboración del derecho aplicable, iniciándose con aceptar el deber reparator del daño –material y moral- sobre las base de la existencia de un delito de derecho criminal, como causa del divorcio, cometido por el cónyuge culpable y su cómplice, con fundamento en la aplicación del artículo 1382 de su Code (“Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquél, por la culpa en que ha incurrido, a repararlo”), semejante al artículo 1109 de nuestro CC. A ello también aplicaban su plexo penal, los artículos 1º y 3º del código de instrucción criminal, que autorizaba la querrela por reparación del daño producido por el delito.

Es muy conocido el caso “Plantade”. La mujer había cometido adulterio, y por eso se la declaro culpable al decretarse la separación de cuerpos y se la condeno a pena de prisión. Al salir en libertad, se fue a vivir en una misma casa con Dubarry, su cómplice. En primera instancia, el tribunal civil de Castel-Sarrazin los condeno a separarse bajo la sanción de una cierta suma por cada día de retardo. Se considero que con la nueva violación del deber de fidelidad, la mujer y su cómplice habían cometido un cuasidelito y se los condenó solidariamente, y bajo la misma sanción, a hacer cesar aquel estado de cosas. El fallo dijo que la mujer, aun separada debe a su marido y sus hijos el ejemplo de una vida regular. La sentencia fue confirmada por la Corte de Tolosa, en la que se expresó que esos hechos causan al actor y a sus hijos menores un perjuicios y un daño moral inapreciables; y que este perjuicios puede también ser considerado como material, ya que la culpa de la mujer podría llegar a ser un obstáculo y un impedimento para el establecimiento de sus hijos.-

El criterio iniciado frente al adulterio, se extendió a otras causales del divorcio, fundamentalmente bajo la causal abarcativa de toda injuria grave (relaciones escandalosas con un tercero, compromiso a la reputación en daño del marido, ultraje público al pudor, etc.). Un caso “Avis c. Ledain”: Avis era un pequeño comerciante y

Ledain su tenedor de libros. Se probó que este último iba todos los días a casa de Abis a trabajar con sus cuentas a las seis de la tarde, retirándose a las siete. Pero después regresaba entre las nueve y las diez para quedarse con la esposa de Avis, y no se iba hasta las once u once y media. Muchas veces usando pretextos para alejar a la domésticas de la casa. La Corte de Besancon entendio que si bien no se había acreditado la consumación del adulterio basta que un individuo haya comprometido gravemente la reputación de una mujer casada, manteniendo con ella relaciones escandalosas, para que pueda ser condenado a daño e intereses. En cuanto al monto indemnizatorio dijo la Corte que debía fijarse en razón de la posición económica de las partes, y teniendo en cuenta que el actor era un pequeño comerciante y el demandado un tenedor de libros, condenó a éste a pagar 500 francos. Situaciones de abandono del hogar por parte de la mujer, en donde se lo condeno al extraño a pagarle al marido una indemnización del daño material (gastos realizados para encontrar a la mujer) como del moral. Un caso en 1893 se decretó el divorcio por culpa de la mujer, por haber tenido relaciones sospechosas en su propio domicilio con un extraño. Se condenó a éste a pagar al marido y a los hijos una indemnización de los daños y perjuicios que el divorcio les ocasionaba.-

A partir de un fallo de la Corte de Montpellier de 1897 la jurisprudencia admitió el derecho a la reparación por divorcio, cualquiera hubiere sido la causa que lo motivara. A tal extremo que se consideró generadora de daño resarcible el retardo malicioso del proceso de divorcio. También tuvo acogida judicial el criterio de que debía repararse el daño derivado de los hechos que habían motivado el divorcio mismo, distintos ambos de la concesión de alimentos a favor de inocente, la que no estaba subordinada al estado de necesidad del alimentado.- El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor esta obligado a reparar. Y en particular, que la negativa del marido a consumir el matrimonio, quien además continuó sus relaciones intimas con su amante, constituía no solamente una injuria grave para hacer pronunciar el divorcio a favor de la mujer, sino también y al mismo tiempo un cuasidelito susceptible de dar lugar a favor de ella a una indemnización en dinero fijada por los jueces, invocando los artículos 231 y 1382 del Code.-

Desde entonces en adelante se aplicó la responsabilidad civil a todos los hechos generadores del divorcio, de un modo general.-

Dicha orientación jurisprudencial continúa en diferentes situaciones como por ejemplo: la actitud de la mujer que al salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio civil, lamento públicamente haberlo hecho, promovió escenas odiosas y

ridículas, se negó a cumplir el débito conyugal y finalmente promovió demanda de divorcio sin motivo alguno. El Tribunal consideró que tales hechos habían ocasionado al marido daños materiales apreciables en dinero como por ejemplo los gastos necesarios para realizar la fiesta de matrimonio y para refaccionar la vivienda. Otra situación la negativa del marido a consumar el matrimonio y su abandono del hogar a los dos meses de haberlo contraído.-

En un principio esta corriente jurisprudencial entendía que solamente eran resarcibles los daños derivados del hecho constitutivo de la causal del divorcio, aunque no derivados del divorcio en sí mismo, ya que estos últimos se encontraban reparados por el pago de la obligación alimentaria, consagrado en su artículo 301 del mencionado precepto legal.-

Los autores aprobaron sin reservas la orientación de la jurisprudencia, pero en general censuraron esa limitación, o sea, en cuanto permitían el resarcimiento de los daños provocados por las causales de los hechos que daban lugar al divorcio y no los derivados de él en sí. En éste contexto se desdobra la opinión al respecto, encontrándose autores como la que sostuvo el editor al fallo de la Corte de Montpellier de 1897 publicada en Dalloz, como también Lacoste, estimando que no hay razón alguna para que el cónyuge culpable sea dispensado de la aplicación de los principios generales si el acto que se le atribuye es ilícito y dañoso y reúne los dos carácter que exige el artículo 1382, teniendo un alcance no solamente al daño moral sino también material e inclusive no solamente estar al alcance del divorcio sino asimismo deben aplicarse los mismos principios a la separación de cuerpos. Planiol y Ripert critican esta limitación porque entienden que en la mayoría de los casos los daños derivados de la causa de divorcio son económicamente insignificante a frente a los daños emergentes de este. Estiman deseable la generalización de la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados del divorcio, porque resulta demasiado cómodo para el culpable obtener su libertad mediante el pago de la pensión alimentaria. Postura distinta es la de Loynes y Bartin que entienden que no es posible resarcir los daños derivados del divorcio en si mismo ya que dicho perjuicio queda reparado con la prestación alimentaria impuesta por el artículo 301 Code.-

A partir del año 1941 el derecho positivo francés comienza a receptar en su norma este derecho a la reparación de los daños causados al inocente por el divorcio, dejando expresamente de lado aquella limitación criticada en general por la doctrina.

La ley del 2 de abril de 1941, convalidada por Ordenanza del 12 de abril de 1945 atento a que había sido sancionada durante la ocupación alemana), agregó al artículo 301 del Código Civil el siguiente segundo párrafo: “Independientemente de todas las

otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio ha sido pronunciado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por la disolución del matrimonio”. Esta disposición se refería solamente al divorcio, nada decía sobre la separación de cuerpos, sin perjuicio de esto, la doctrina y jurisprudencia entendían que podía aplicarse analógicamente a la separación de cuerpos. Recién con la reforma de ley realizada el 29 de mayo de 1948 se agregó un cuarto párrafo al artículo 311 del Código Civil, haciendo expresamente extensivo el régimen a ese instituto quedando de la siguiente manera: “Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual la separación de cuerpos ha sido pronunciada, los jueces pueden acordar al cónyuge que la ha obtenido, daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por esta separación”.-

Después de estas reformas, la jurisprudencia y la doctrina distinguen tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o la separación de cuerpos, que reciben reparación por fundamentos diferentes:

1. El perjuicio resultante de la desaparición de la obligación de socorro, reparado mediante la condena al pago de la pensión alimentaria del artículo 301 párrafo 1º.-
2. El perjuicio material y moral que sea consecuencia de la disolución del matrimonio, con la excepción del que resulte de la pérdida de la obligación de socorro, es decir, los daños derivados del divorcio en sí mismo.-
3. El perjuicio material y moral, distinto del resultante de la disolución o separación del matrimonio, experimentado como resultado de un acto ilícito del cónyuge (aunque este hubiera constituido a su vez una causal de divorcio o separación)

La reforma de 1975 ingresa a su CC el artículo 266 que dice: “Cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge”, acción que se ha interpretado extensiva al supuesto de separación personal por la remisión que a ella hace el artículo 304 del mismo cuerpo legal. Para el caso de divorcio o separación personal por culpa concurrente, la doctrina inicialmente propiciaba la aceptación del deber de reparar “en proporción a la gravedad de las culpas”, orientación que luego cedió y fue recogida por el dicho artículo 266 que reclama la culpa exclusiva de uno de los esposos, más allá del grado –que podría ser muy menor- del otro. Por último es de rescatar que dicha norma también impone la limitación al ejercicio de ésta acción. La que únicamente autoriza de forma simultánea a la demanda de divorcio.-

El último avance de la ley francesa en orden a la reparación del daño causado por el cese de la cohabitación ha sido dado por la ley relativa al Pacto Civil de Solidaridad, del 15 de noviembre de 1999, N° 99-944, que introduce un nuevo Título en el Libro Primero del Code, comprensivo de los siete apartados del artículo 515. El concubinato aparece ahora regulado en el Título XII que comprende el artículo 515-8. Tal avance del derecho positivo armoniza con lo que la pronunciada jurisprudencia francesa, en la especial cuestión de la responsabilidad civil extracontractual por la ruptura ilícita de la convivencia.-

En 1977 se consideró culpable la conducta del concubino, que, inesperadamente, abandona a su concubina tras haberle convencido para que se instale en su misma ciudad y cuidase de él y de haberle prohibido trabajar, prometiéndole, además que atendería a sus necesidades (Cass. Civ. Sala Primera, 29/11/1977). -

En abril de 1988 el Tribunal de Casación Civil (Sala Primera) falló que estima constitutivo de culpa la conducta del concubino que, después de que exige a su concubina que deje su trabajo para cuidar de su hogar y de los hijos, la abandona inesperadamente, tras once años de vida en común, sin atender a su sustento. -

En 1992 ya había pronunciado –la misma Casación francesa- que la ruptura del concubinato no genera obligación de reparar daños y perjuicios, “más que si reviste un carácter culpable (Cass. Civ. Sala Primera 30/06/92).-

En todos los supuestos descritos la jurisprudencia francesa recepcionó el derecho del concubino inocente a ser resarcido por los daños provocados por la conducta de aquel a quien entendió culpable de la ruptura de la unión de hecho.-

Se han considerado daños materiales que pueden dar lugar a indemnización: el perjuicio material derivado de la disolución anticipada de la comunidad de bienes entre los esposos, como el que sufre la mujer por la pérdida de su parte en los recursos y rentas comunes y especialmente en los beneficios del comercio al cual se dedicaba el matrimonio; la desaparición del derecho hereditario; la reducción del tren de vida llevado durante el matrimonio y obligación, por parte de la mujer, de atender a la solución de dificultades que generalmente corren por cuenta del marido, jefe de la familia; la necesidad del marido que vuelve del cautiverio de colocarse como obrero agrícola, cuando antes era cultivador independiente como consecuencia del mal estado financiero del matrimonio.-

En cuanto a los daños morales, se citan la reprobación de carácter religioso que hallan los cónyuges divorciados en los medios creyentes y la destrucción del hogar.-

Con respecto a la fijación del monto de la reparación por este concepto, Ripert señaló la tendencia a proporcionar las condenas por daño moral a la gravedad de la falta, por ser la evaluación del perjuicio necesariamente arbitraria⁵².-

Se ha dicho que para que proceda el resarcimiento debe cumplirse con los siguientes requisitos:

1. El daño debe ser actual, esto es, que deben existir en el momento del divorcio.-
2. Atento a la relación de causalidad tiene que corresponderse entre el daño y el divorcio (su hecho generador), y esa relación debe acreditarse. Así, por ejemplo, si se invoca el estado de salud, hay que probar que ese estado ha sido “causado o agravado por el divorcio”. El problema surge si el tercero cómplice en el adulterio del culpable debe solamente resarcir los daños provocados al cónyuge inocente de ese hecho ilícito como tal o también los emergentes del divorcio. Durry comenta un fallo de la Corte de Grenoble del 16 de marzo de 1970, en el que pareciera admitirse la responsabilidad de la cómplice por ambas clases de perjuicios, ya que afirma en los considerandos que su falta había causado un indiscutible daño a la esposa, “constriniéndola a divorciarse”. El comentarista desapruueba este criterio, y sostiene que el o la cómplice del adulterio deber reparar solamente las consecuencias directas del adulterio en el que ha participado, y no las consecuencias del divorcio, pues éstas no tienen relación de causalidad directa con el adulterio (pues el cónyuge ofendido es el que decide si demanda o no el divorcio).-
3. Con respecto a la culpabilidad: en caso de culpa de ambos cónyuges en el divorcio, algunos autores han sostenido que deberían aplicarse los principios relativos a los hechos ilícitos, y en consecuencia, distribuirse las responsabilidades en proporción a la gravedad de las culpas. Sin embargo, ha prevalecido la tesis contraria, según la cual la culpa del perjudicado excluye la indemnización y, en consecuencia, esta no puede ser acordada si el divorcio se decreta por culpa de ambos cónyuges. Más aún se ha establecido que, aunque el divorcio haya sido decretado por culpa de uno de los cónyuges, el que reclama la indemnización deber ser absolutamente inocente, es decir, no haber contribuido a la ruptura de la unión conyugal ni aún con una culpa mínima e insuficiente para tenerlo también por culpable del divorcio.-

En cuanto a la forma de pago de la indemnización puede otorgársela como capital o como renta, según criterio del juez en cada caso particular, pero en el segundo caso no debe confundirse con la pensión alimentaria. La pensión indemnizatoria carece de relación con las necesidades del inocente, no está sujeta a revisión, no cesa por el nuevo

matrimonio del cónyuge acreedor, es susceptible de cesión, renuncia o transacción, y su falta de pago no constituye delito de abandono de familia. En consecuencia, el fundamento de la pensión debe ser precisado en la sentencia, y no corresponde conceder una pensión a título tanto alimentario como indemnizatorio.-

En el derecho francés la prescripción de la acción de indemnización se decidió que el plazo es el ordinario de 30 años.-

En cuanto al ejercicio de la acción, en principio la Corte de Casación exigió que la acción de daños y perjuicios, para que se la admitiese, fuera deducida juntamente con el divorcio; sin embargo, muchos tribunales inferiores rechazaron esta solución. Finalmente la Corte rectificó su anterior jurisprudencia y admitió la reclamación de daños y perjuicios posterior al divorcio, con tal de que hubiese relación de causalidad directa entre el perjuicio actual y aquel.-

También se decidió que, según resulta de los términos del artículo 301, párrafo 2º del Código Civil, el legislador no prevé únicamente una indemnización en dinero para el esposo inocente, sino “todas las otras reparaciones” que el tribunal estimare útiles o apropiadas: en el caso se consideró que la reparación más adecuada consistía en privar a la esposa, la que había abandonado definitivamente el hogar, su marido y su hijo, de sus derechos sobre el departamento donde se domiciliaba el matrimonio, además de otras reparaciones. Otro fallo decidió que la indemnización no puede en principio fijarse en consideración a las necesidades del cónyuge inocente. Ni tampoco en proporción a los recursos de las partes, sino solo al monto del perjuicio del esposo-víctima.-

Derecho Italiano

En el derecho italiano no existe norma expresa sobre el problema en cuestión. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia se lo plantearon, pero casi únicamente con referencia a los daños y perjuicios derivados del adulterio, o de la separación fundada en él, sea reconociendo como obligados al cónyuge culpable como así a su cómplice, en forma solidaria, por los daños materiales como morales, basándose en el artículo 2055 del Código Civil italiano.-

No escapa a tal responsabilidad el cómplice alegando que la fidelidad es un deber del cónyuge, no del tercero; pues se le replica que también el derecho personal (del cónyuge traicionado) puede ser lesionado por el tercero y, por tanto, es materia de responsabilidad y de resarcimiento.-

Un fallo condenó a los adúlteros a reparar los mayores gastos que tuvo que hacer el cónyuge inocente, al pagar a una institutriz para que atendiese a los niños que antes eran cuidados por la madre, culpable de la separación por adulterio.-

Existe también opiniones contrarias, como la de Gabba, quien rechaza el resarcimiento del daño moral en todos los casos y especialmente cuando éste deriva del adulterio.-

Otros autores entienden que el adulterio da lugar a la reparación del daño material y moral, como consecuencia, no de la violación del deber de fidelidad que hay entre los cónyuges sino de su condición de delito de derecho criminal. Señala que para otorgar el resarcimiento del daño moral debe impedirse que por tal vía se pretenda dar satisfacción a los bajos instintos o realizar aspiraciones contrarias a las buenas costumbres, para lo cual ha de indagarse sobre la moral y sensibilidad del cónyuge a quienes se considera dañado; en cuanto al daño material, debe este ser consecuencia directa o indirecta del adulterio o de la separación judicial fundada en él, siempre que haya un nexo de causalidad regular entre el adulterio y el daño. Cree difícil, sin embargo, la existencia de verdaderos daños materiales derivados de la separación, pues ésta deja intactos gran parte de los derechos patrimoniales del inocente; solo podrían surgir algunos de la cesación de la comunidad de bienes. Rechaza la solución de la jurisprudencia que otorga la reparación del daño derivado de la cesación de los deberes de cohabitación y asistencia cuando ella obliga a recurrir al trabajo de un extraño que debe ser necesariamente retribuido; piensa que no es un derecho patrimonial sino un beneficio de hecho que no da lugar a una acción de contenido patrimonial para obtener su cumplimiento y tampoco debe darlo después para resarcir su desaparición.-

La doctrina de los jueces ha entendido que la pensión que se manda pagar entre cónyuges, producido el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, y conforme a las pautas que detalla el artículo 5 de su ley de divorcio, contienen una naturaleza, en parte, resarcitoria en cuanto debe contemplar para su fijación la responsabilidad que cupo en el fracaso del matrimonio.-

Derecho Alemán

El derecho alemán se ve influido por una fuerte impronta que niega el derecho resarcitorio por los daños derivados del divorcio.-

Entiende que la idea del matrimonio no puede basarse sino en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias.-

Sostienen que si se permite dicho resarcimiento, el cónyuge inocente podría verse seducido por el pensamiento de recibir una suma de dinero a título de indemnización e inclinarse a invocar causas mínimas para obtener el divorcio. Además se estaría fijando una indemnización que sería más o menos arbitraria.-

Tampoco sería eficaz como medio de coerción para que los cónyuges diesen cumplimiento a sus obligaciones emergentes del matrimonio.-

A pesar de esto, la doctrina y jurisprudencia han admitido que cuando tales incumplimientos importan a su vez, la consumación de un ilícito civil se debe responder frente al inocente, independientemente de su pretensión de una pensión alimentaria⁵³.-

No se admite la acción de daños y perjuicios contra el tercero cómplice del cónyuge culpable.-

Derecho Mexicano

El Código Civil Federal de México en su artículo 288, último párrafo, establece: “Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito”, con lo que la procedencia de la acción de reparación ha tenido explícita acogida en tal ordenamiento.-

Derecho Griego

Citando a Belluscio⁵⁴, menciona la ley griega de divorcio N° 2228 del año 1920, cuyo artículo 16 establecía: “Si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan grave ofensa a la persona del esposo no responsable el divorcio, el tribunal puede, al pronunciar éste, obligar al cónyuge que ha sido único culpable del divorcio a pagar al otro una suma de dinero a título de reparación moral. Si, durante el matrimonio una acción punible ha sido cometida por uno de los esposos contra el otro, el esposo lesionado no puede reclamar en su favor la indemnización pecuniaria a la cual daría derecho la ley 1699”.-

Ante tal norma, comenta Belluscio, solo el daño moral es resarcible, y queda excluida la reparación del daño derivado del hecho que es a la vez fuente de perjuicio y causa de divorcio, como consecuencia de lo dispuesto en la segunda parte del artículo.-

En 1946 esta ley ha sido derogada por la ley de introducción al Código Civil. El nuevo cuerpo normativo contiene sobre el tema el artículo 1453 que expresa: “Si el hecho que ha constituido la causa de divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del cónyuge no responsable, el tribunal, puede, en la sentencia de divorcio, obligar a la parte que sea única responsable a pagar a la

parte no responsable una suma de dinero en razón del daño moral”. Como se puede apreciar a simple vista, su contenido coincide con el del primer párrafo del artículo 16 de la derogada ley N° 2228; por tanto se entiende que ha desaparecido en el derecho griego actual la limitación que surgía del segundo párrafo de aquel artículo, y por lo tanto procede ampliamente la reparación de los daños materiales y morales derivados de los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio.-

Derecho Suizo

El Código Civil de 1907 previó la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en los artículos 151 y 153 que expresan:

Artículo 151: “El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte el cónyuge culpable

Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral”.-

Artículo 153: “El esposo al cual se ha concedido una renta vitalicia por sentencia o convención, a título de daños y perjuicios, de reparación moral o de alimentos, deja de tener derecho a ella si contra nuevo matrimonio”.-

La interpretación doctrinaria y jurisprudencial, en cuanto al daño material, se ha dicho que su indemnización requiere la reunión de tres requisitos:

- a) La culpa del demandado.-
- b) La existencia de daño material.-
- c) Relación de causalidad entre la culpa y el daño.-

El daño material es la disminución del patrimonio del cónyuge a quien se ha reconocido inocente, de manera que la indemnización debe ser igual a la diferencia entre el patrimonio actual del cónyuge inocente y el estado en que ese patrimonio se hallaría de no haberse producido el divorcio. Los principales casos de daño material emergente del divorcio son: el perjuicio resultante de la cesación de la obligación de manutención del cónyuge culpable (la jurisprudencia otorga por esta vía pensión indemnizatoria cuando no se dan los requisitos legales para que corresponda la alimentaria); el derivado del fin del régimen matrimonial (pérdida de los derechos del marido como administrador y usufructuario de bienes de la mujer, de las rentas de los aportes de la mujer sometidos a su usufructo, obligación de restituir el valor de los aportes de la mujer que pasaron a su propiedad); en el régimen de comunidad, pérdida

de los beneficios de los bienes de la esposa ingresados en ella; pérdida de las ventajas otorgadas en el contrato de matrimonio (por ejemplo, un capital que la esposa aportase para utilizarlo el marido en su comercio); la disminución del crédito comercial, etc.-

Es curioso que el artículo 151 admite la reparación del daño material “eventual”, lo cual no se admite como principio general en la doctrina y jurisprudencia argentina, atento que en nuestro derecho el daño debe ser “cierto”. En Suiza en cuanto al resarcimiento de los daños derivados del divorcio, se considera daño eventual el que existe virtualmente en el momento del divorcio, pero no se hace efectivo sino después, de modo que el divorcio constituye su origen evidente. Tal es, el perjuicio causado por la supresión del derecho sucesorio legal, por la caducidad de las disposiciones por causa de muerte hechas antes del divorcio, por la pérdida de las ventajas eventuales que resultan de la cláusula beneficiaria en un seguro de vida, por la pérdida de la participación en una caja de seguros, institución aplicada a los funcionarios federales similar a nuestras pensiones, por llevarse a cabo de un modo excepcional la liquidación del régimen matrimonial, si el culpable se beneficia con la partición de los bienes comunes.-

Dentro del derecho suizo el daño moral debe ser indemnizado cuando adquiere una gravedad especial que exceda de la habitual, gravedad cuya apreciación está librada a los jueces, pero que debe existir tanto objetiva como subjetivamente. La indemnización del daño moral no es alternativa, y puede acumularse a la de daño material.-

Este artículo debe completarse con el artículo 28 segundo párrafo, del mismo Código Civil suizo, que establece el siguiente principio general: “Una acción por daños e intereses o por pago de una suma de dinero a título de reparación total no puede ser intentada sino en los casos previstos por la ley”. Esta norma nos da a entender que para el derecho suizo la reparación del daño moral no es una regla sino una excepción.-

Situación contraria es lo que sucede con nuestro derecho. Si nos ponemos a cotejarlos, lo que para el derecho suizo procede como una excepción, el derecho argentino es sumamente amplio al respecto al contar con normas como los artículos 522 y 1078 de nuestro Código Civil.-

Al referirnos a la relación de causalidad entre el divorcio y el daño, aquel es condición necesaria del perjuicio experimentado por el cónyuge inocente; aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el divorcio es la causa jurídica del daño si es apto para producir un resultado de este género, en el sentido de que un tercero hubiese podido prever la posibilidad de un perjuicio según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de la vida. Teniendo en cuenta a la relación de causalidad, se distinguen tres

órdenes de perjuicios: el actual: derivado directamente del divorcio y consistente en la desaparición de intereses pecuniarios presentes, que debe repararse en todos los casos; el eventual, que no existe efectivamente pero si virtualmente en el momento de la disolución del matrimonio, en el cual el juez debe apreciar el grado de causalidad y si éste es muy débil, de modo que si el divorcio es causa lejana del perjuicio, no debe admitirse la responsabilidad; finalmente, el sobreviviente al divorcio, del cual este es causa mediata, que no debe ser reparado porque la relación de causalidad está interrumpida.-

En cuanto a la culpabilidad, su necesidad, para que proceda la indemnización, excluye la posibilidad de ésta en los casos en que se hubiere decretado el divorcio por causas no imputables a los cónyuges (divorcio remedio). Solo procederá cuando la causal encuadre en la concepción del divorcio sanción.-

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constante de los tribunales federales, se requiere la inocencia de demandante, de modo que no procede la indemnización en el divorcio por culpas recíprocas; pero, a diferencia de Francia, si la culpa del perjudicado es mínima y no le cupo acción alguna en la desunión, es considerado inocente. Al igual que en dicho país, la concurrencia de culpas excluye la indemnización, y no se aplican los principios de los hechos ilícitos; pero si hay culpa leve, insuficiente para calificar al perjudicado de culpable, debe reducirse la indemnización.-

Se admite también el reclamo de daños y perjuicios contra el cómplice del adulterio o contra aquel que aparto al cónyuge del cumplimiento de los deberes conyugales. La responsabilidad del tercero es solidaria con la del culpable.-

En cuanto a la forma de pago de la indemnización, en principio, debe pagarse en dinero, pero excepcionalmente puede pagársela también en especie. Puede ser en forma de capital o de renta, o de ambas combinadas; en caso de revestir forma de renta, puede ser vitalicia o temporaria.-

De acuerdo con lo establecido por el artículo 153, la pensión indemnizatoria vitalicia cesa por el matrimonio del cónyuge acreedor; no ocurre lo mismo si es temporal, ni influye el segundo matrimonio sobre la indemnización pagadera en forma de capital, aun cuando éste no haya sido todavía percibido. La obligación renace si se anula el segundo matrimonio.-

En caso de muerte del cónyuge deudor, la obligación de reparar el daño material pasa a los herederos, más no la de reparar el daño moral. Por muerte del cónyuge acreedor se extingue si se la había otorgado en forma de renta, pero pasa a sus herederos si lo fue en forma de capital, salvo que se trate de indemnización del daño moral, la cual es intransmisible.-

En cuanto al ejercicio de la acción resarcitoria, la indemnización no puede otorgarse de oficio; debe ser solicitada por el cónyuge perjudicado y la demanda puede entablarse como accesoria de la de divorcio. Por tratarse de una acción personalísima. La muerte del culpable durante la sustanciación del juicio impide la sentencia y también la atribución de indemnización a los herederos del supérstite. La opinión dominante es que debe ser necesariamente conjunta con la demanda de divorcio; sin embargo, parte de la doctrina estima que se la debe admitir también posteriormente, con tal de que exista relación de causalidad entre el perjuicio y el divorcio, que se entable ante el mismo juez que decretó éste, y que se tenga en cuenta el plazo de prescripción anual fijado por el artículo 60 del Código de las Obligaciones, debido a la naturaleza delictual de la obligación, plazo que comienza a correr desde que la sentencia de divorcio pasa en autoridad de cosa juzgada.-

Estas disposiciones legales se aplican a los perjuicios emergentes del divorcio en sí, en cuanto a los daños materiales, derivados de los hechos que dieron lugar al divorcio, su reparación puede obtenerse mediante el ejercicio de la acción común otorgada por las normas que rigen los hechos ilícitos.-

Al referirnos al monto de la indemnización, ella es equitativa, pero no la reparación integral de los perjuicios como lo hace el artículo 41 del Código de las Obligaciones para los delitos y cuasidelitos. Para fijarla deben tomarse en cuenta la situación patrimonial de los esposos, las ventajas pecuniarias que el inocente puede obtener del divorcio, la edad de los esposos, la duración del matrimonio y el estado de salud de aquellos, la gravedad de la culpa y la culpa concomitante del lesionado, así como la forma en que se otorga la indemnización, atendiendo a que resulta más ventajosa en capital que en renta. En cuanto al daño moral, para su fijación debe tenerse en cuenta, además de todos los elementos objetivos, la gravedad de la falta.-

Los esposos pueden fijar el monto de la indemnización, dichos convenios se los pueden celebrar durante el juicio de divorcio o después de él, pero en el primer caso son nulos por contrarios al orden público y a las buenas costumbres si dejan entrever que se los ha hecho para obtener el consentimiento del otro cónyuge al divorcio; requieren aprobación judicial, salvo que se celebre una vez decretado el divorcio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Celebrados antes del divorcio y no aprobado judicialmente, pueden ser ratificados después por los cónyuges.-

No obstante, lo expuesto, el artículo 151 no es aplicable a la separación de cuerpos, ya que, como en el derecho suizo no es perpetua y persigue un fin conciliatorio, no entraña los efectos pecuniarios del divorcio. Se exceptúa el caso en que

se decreta entre cónyuges extranjeros que no pueden obtener el divorcio por impedirlo su ley nacional.-

Para el supuesto caso de conversión de la separación de cuerpos en divorcio, los hechos invocados en la sentencia de separación quedan definitivamente establecidos y el culpable no puede contestar su culpabilidad; sin embargo, puede invocar hechos anteriores, no establecidos, a fin de probar la existencia de circunstancias capaces de eximirlo de la indemnización. Si a la separación sobrevienen hechos generadores de divorcio deben éstos tenerse en cuenta a fin de determinar la calidad de inocente culpable de cada uno de los esposos: decretada la separación por culpa de uno, la culpa posterior del otro determina la exclusión de indemnización; decretadas sin culpa, la falta posterior justifica la indemnización; los hechos culpables de ambos cónyuges excluyen la indemnización.-

Derecho Etíope

Esta legislado sobre nuestro tema en los artículos 691, 692, 693, 694 y 695 del Código Civil del Imperio de Etiopía de 1960. Más precisamente los dos primeros artículos hacen referencia a la suerte que corren los regalos y demás ventajas matrimoniales, en caso de divorcio; el tercero, a la responsabilidad del divorcio existiendo causas graves; el cuarto, a la responsabilidad del divorcio con ausencia de causas graves; y finalmente el último a las facultades de los árbitros familiares.-

Para una mejor comprensión se transcriben los artículos mencionados:

“Artículo 691. Regalos y ventajas matrimoniales.

1. Los árbitros familiares ordenan, si hubiere lugar, a pedido de quienes los han hecho o de sus herederos, la restitución de los regalos que hayan sido recibidos por los esposos en ocasión del matrimonio, o en razón de la existencia del matrimonio, sea por parte de uno hacia el otro, sea por parte de los ascendientes de uno de ellos, o por otros terceros.
2. Anulan igualmente, si hubiere lugar, todas las demás ventaja que hayan sido hechas o prometidas a los esposos o a uno de ellos, por uno de los esposos o por un tercero, en ocasión o en consideración al matrimonio”.-

“Artículo 692. Tratamiento desigual de los esposos.

1. Los árbitros familiares pueden atribuir a uno de los esposos una parte mayor o incluso la totalidad de los bienes comunes.

2. Pueden atribuir igualmente a uno de los esposos bienes pertenecientes a su cónyuge, siempre que el valor de estos bienes no represente mas de un tercio del patrimonio de este cónyuge”.-

“Artículo 693. Responsabilidad del divorcio. Causa grave.

1. En el caso en que el divorcio esté justificado por una causa grave, imputable a uno de los esposo, las sanciones previstas en los dos artículos precedentes son aplicadas en detrimento de ese esposo.
2. Ellas no pueden aplicarse en detrimento del otro esposo.
3. No pueden ser aplicadas ni a uno ni a otro esposo, cuando el divorcio este justificado por un causa grave, no imputable a uno de los esposos”.-

“Artículo 694. II. Ausencia de causa grave:

1. En caso de que el divorcio no esté justificado por una causa grave, las sanciones prevista en los artículos precedentes se aplican al esposo que hubiera demandado el divorcio.-
2. Ellas no pueden aplicarse al otro esposo.-

“Artículo 695. Directivas a seguir.:

1. Los árbitros familiares aplica, en principio, las sanciones previstas en los artículos precedentes.-
2. Tienen, no obstante, en todos los casos, para aplicarlas o no, así como para fijar su medida, un poder discrecional.-
3. Consideran en su decisión todas las circunstancias de la especie, pero en particular la importancia y la gravedad de los entuertos en razón de los cuales el divorcio ha debido ser pronunciado, y el carácter más o menos moralmente reprehensible de la demanda de divorcio”.-

En conclusión, el derecho etíope permite sancionar con la pérdida de los regalos y ventajas matrimoniales (artículo 691), de una parte o la totalidad de los bienes comunes (artículo 692-1) e incluso hasta de la tercera parte de su patrimonio propio (artículo 692-2), al cónyuge que hubiese incurrido por su culpa en las conductas considerado como “causas graves”, y en caso de no existir dicha culpa, al que hubiese pedido el divorcio.

Al beneficiarse el cónyuge inocente con el monto de esas sanciones, se obtiene el propósito indemnizatorio.-

Derecho Portugués

En 1935, el ilustre jurista de ese país, Adolfo Bravo, compartiendo las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia francesa, dijo: “Si el cónyuge inocente ha sufrido, por culpa del otro, un perjuicio diverso del que ha causado la ruptura del casamiento y que la pensión alimenticia tuvo por fin reparar, entonces puede exigir también la reparación civil de tal perjuicio...”.-

En el nuevo Código de 1967 hay sanciones previstas específicamente para el cónyuge culpable. Están contenidas en los artículos 1784, 1785, 1760 y 1766.-

El artículo 1784 consagra:

“Partición de los bienes. El cónyuge declarado único o principal culpable no puede en la partición recibir más de lo que recibiría si el casamiento hubiese sido celebrado según el régimen de comunidad de adquisiciones”.-

Puede resultar grave la sanción en casos como el siguiente: un matrimonio eligió el régimen de separación; la esposa obtuvo muy pocos bienes y el marido una fortuna, si éste es culpable del divorcio, su mujer se llevara la mitad de los bienes, pues se sigue el régimen de comunidad de adquisiciones.-

“Artículo 1785. Beneficios recibidos por los cónyuges o que ellos hayan de recibir.

1. El cónyuge declarado culpable pierde todos los beneficios recibidos, o que haya de recibir, del otro cónyuge o de tercero, en vista del casamiento o en consideración del estado de casado, sea la estipulación anterior o posterior a la celebración del casamiento.-
2. El cónyuge inocente conserva todos los beneficios recibidos, o que haya de recibir, del otro cónyuge o de tercero, aunque hayan sido estipulados con cláusula de reciprocidad.-
3. El cónyuge inocente puede renunciar a los referidos beneficios por simple declaración unilateral de voluntad; pero, habiendo hijos, la renuncia solamente es permitida a favor de éstos”.-

“Artículo 1760. Caducidad. (se refiere a las Donaciones para casamiento”.)

1. Las donaciones para casamiento caducan: inciso b) Si ocurriere divorcio o separación judicial de personas y bienes por culpa del donatario, aunque este no sea el principal culpable.
2. Si la donación hubiera sido hecha por tercero a ambos esposados o los bienes donados hubieran entrado en la comunidad y solamente uno de los cónyuges fue

declarado culpable en el divorcio o separación, la caducidad alcanza apenas a la parte de éste”.-

“Artículo 1766. Caducidad (Dentro de “donaciones entre casados”).

1. La donación entre casados caduca: inciso c) Ocurriendo divorcio o separación judicial de personas y bienes por culpa del donatario, aunque éste no sea el principal culpable”.-

Derecho Peruano

El artículo 264 del Código Civil peruano de 1936 dispone: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación moral”.-

Si bien la norma es muy clara en cuanto al resarcimiento al cónyuge inocente en cuanto a los daños morales, guarda silencio con respecto a los daños materiales.-

Derecho Sueco

Con sumo detalle reglamenta la cuestión el Código matrimonial sueco de 1920 en los paráfs. 24 y 29 del cap. XI: “Parágr. 24: Si el divorcio ha sido pronunciado por causa de injuria grave o si es pronunciado después de la separación de cuerpos porque un esposo ha descuidado gravemente los deberes que estaba obligado a cumplir con respecto a su cónyuge, este tiene derecho de exigir una indemnización adaptada a la situación financiera de los esposos o a otras circunstancias.-

Esta indemnización podrá ser pagada en una o en varias entregas sucesivas.-

A menos de correr el riesgo de perder su derecho de exigir la indemnización, el esposo debe efectuar su petición durante el proceso de divorcio, con tal de que no se trata únicamente de la modificación de un contrato anteriormente concluido entre los esposos”.-

“Parágr. 29: Si, a continuación de un arreglo concluido entre los esposos antes de la separación de cuerpos o del divorcio concerniente a la separación de bienes y a todo lo relacionado con ella, la indemnización o la contribución relativa al sostenimiento de uno de los esposos es claramente desventajosa para uno de ellos, ese arreglo podrá, si no ha sido concluido durante la separación de cuerpos, ser modificado por el tribunal a pedido del esposo. Las quejas a este respecto deben ser deducidas a más tardar durante el proceso de divorcio, si éste ha tendió lugar conforme al paragr. 3 (regula el divorcio posterior a la separación de cuerpos) o, en caso contrario, durante el año siguiente al divorcio”.-

Derecho Dinamarqués

La ley dinamarquesa relativa a la celebración y la disolución del matrimonio de 1922, también prevé el derecho a indemnización cuando han mediado groseros ultrajes de uno de los cónyuges al otros.-

Establece en su parágr. 67: “Si el divorcio ha sido pronunciado con la circunstancia de que uno de los cónyuges ha ultrajado groseramente al otro, puede acordarse al demandante y a su pedido, una indemnización de reparación fijada equitativamente en relación con la situación económica de las dos partes y con las otras circunstancias. La indemnización de reparación es fijada en una suma global o en pagos periódicos. La demanda a este respecto debe ser introducida durante la acción de divorcio.-

Igualmente, cuando una autorización de divorcio es acordada después de la separación, con la circunstancia de que uno de los cónyuges haya ultrajado groseramente al otro, es acordada a este último, una indemnización de resarcimiento. La acción judicial a este objeto debe ser promovida dentro del plazo de seis meses siguientes a la comunicación de la autorización de divorcio”.-

Derecho Albanés

El Código Civil de Albania, dictado en 1929 y vigente hasta el advenimiento en ese país del régimen comunista, fijaba el régimen resarcitorio en sus artículos 214 y 216, similares a los artículos 151 y 153 del Código Suizo: “Artículo 214: Sin prejuzgar los efectos establecidos en los dos artículos precedentes, el esposo inocente cuyos intereses pecuniarios son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una indemnización equitativa de parte del cónyuge culpable”.-

Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede además otorgarle una suma de dinero a título de reparación moral”.-

Derecho Chino

El Código Civil de la República de China, de 1930, establecía en su artículo 1056: “Cuando uno de los esposos ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un divorcio por sentencia puede demandar su reparación a la parte culpable”.-

En el caso previsto en el párrafo precedente, la parte lesionada, a condición de que no sea culpable, puede reclamar una indemnización equitativa en dinero por el perjuicio que no sea puramente pecuniario.-

La pretensión enunciada precedentemente no es cesible ni transmisibile a los herederos, a menos que haya sido reconocida por contrato o que la instancia haya sido entablada”.-

Esa indemnización se basaba en la responsabilidad civil del derecho común, establecida por el artículo 184 (de contenido similar al 1382 del Código Civil francés y al 1109 del nuestro); no se subordinaba a la necesidad de la víctima; se fundaba en la reparación de los perjuicios derivado de la falta cometida y, si se la pagaba en forma de pensión, nada tenía en común con la alimentaria.-

Derecho Japonés

En el período Meiji, a pesar de la desventaja social en que se encontraba la mujer, en casos sumamente extraños de conducta ultrajante, al marido se lo podía obligar a pagar daños si él había causado a la esposa algún daño o pena.-

Derecho Brasileño

Este derecho no posee normas legales específicas.-

Aguiar Días señala que “la violación de las obligaciones derivadas del casamiento es, indudablemente, una falta contra la honestidad, es lo que se verifica por parte de quien, por su conducta, da causa a la separación de cuerpos o divorcio, acarreando perjuicio moral o material al otro cónyuge... El adulterio constituye una clara violación de los deberes conyugales. ¿Puede dar lugar a reparación civil? A la luz de los principios expuestos, no se puede sustentar más que la afirmativa. Sin contar el daño moral que indiscutiblemente acarrea, el adulterio puede producir daño material y en presencia de él, la admisibilidad de la acción reparatoria no puede sufrir objeción, ni siquiera por parte de los que se niegan a reconocer la reparabilidad del daño moral, en el mismo plano deben ser ubicadas otras infracciones a los deberes conyugales, máxime cuando en sí mismas constituyen violación de un deber general para con otro. Así la responsabilidad del cónyuge que transmite al otro una enfermedad contagiosa, hipótesis en que es indiferente, para que surja el deber de reparación, que la enfermedad haya sido o no transmitida intencionalmente, bastando para la caracterización de la responsabilidad la simple negligencia o imprudencia...”.-

Derecho Soviético

El antecedente que existe en este derecho es de sustancia muy diversa. Los Mazeaud narran lo acaecido en la unión Soviética, luego de la fracasada experiencia del matrimonio y el divorcio de hecho, vuelven sobre sus pasos, llegando al divorcio sanción.-

Dicen que Stalin había advertido la necesidad de contener la creciente marea de los divorcios por voluntad unilateral, autorizados después de 1918 por el decreto del 8 de julio de 1944 se adoptó un régimen muy restrictivo.-

El divorcio necesita, tras un muy largo y costoso procedimiento, una sentencia judicial. El juez dispone de un poder soberano de apreciación, por no determinar la ley las causas de divorcio; pero además, y esto es lo que nos interesa, el cónyuge culpable es condenado a una multa (de 500 a 2000 rublos).-

Derecho Egipcio

Bestawros, comentando el Código Civil de ese país, señala en cuanto al repudio: “No se puede por propia voluntad anular un contrato hecho en ciertas condiciones de estabilidad y cambiar sus condiciones, sin indemnizar a la persona que ha sufrido un perjuicio por este cambio; en consecuencia, tratándose de una matrimonio contratado según el rito de la Iglesia Griega Ortodoxa a la cual pertenecían los dos esposos, el marido que, habiendo cambiado de religión o de nacionalidad, ha repudiado a su mujer, que permanece de nacionalidad helénica, esta obligado a indemnizar a esta última, que no podría ser abandonada sin recursos. La indemnización debe fijarse teniendo en consideración, por una parte, la fortuna del marido y por la otra, la posición social de la mujer”.-

Derecho Español

El Código Civil de España, no recepta este tipo de resarcimiento.-

A igual que nuestro derecho positivo, a semejanzas del artículo 225 solo concede reparación al matrimonio putativo, cuyo artículo 98 expresa que se indemnizara “al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo....”.-

Common Law

En los países del Common Law se hace lugar a las acciones de indemnización en caso de adulterio. Papovici cita al respecto e caso “Corber v. Gitterman”, fallado en Canadá en 1952, en el que se otorgó al actor una reparación de 9380,32 dólares.-

Agrega que en el derecho de Québec (a diferencia del británico) ni siquiera la reconciliación de los cónyuges enerva la acción del marido (no así la de la mujer, que no dispone de ella).-

CAPITULO 6

CONCLUSIÓN PERSONAL

Como se pudo demostrar en ésta investigación es un tema totalmente controvertido, existiendo dos posturas radicalmente diferentes, teniendo cada criterio fundamentación razonada.-

Si bien la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se inclina por la tesis afirmativa, mi opinión es adherirme a la postura negativa.-

Entendemos que muchos de los deberes matrimoniales solo pueden cumplirse por quienes conservan el afecto conyugal, como la fidelidad, la asistencia moral o el débito conyugal, los cuales no son fácilmente concebibles sino a la luz del afecto matrimonial. Creemos que hasta su mención como simples deberes jurídicos resultaría casi ofensiva si éstas se deben cumplir por el solo hecho de no violar la ley.-

Cuando un hombre y una mujer se prometen mutuamente cumplir con los deberes matrimoniales, asumen un compromiso mucho mayor que el de quien firma un contrato de sociedad, “el matrimonio no es un contrato”, porque los deberes son asumidos con una vocación vital y con el convencimiento de que podrán ser permanentemente cumplidos. Si esto no se logra, se deberá soportar el fracaso que la ruptura implica en el desarrollo de su vida personal y además, asumir las obligaciones que en forma expresa le impone la ley, pero trasladarlo al campo de la responsabilidad civil sería aplicar consecuencias no prevista en la ley.-

Hallamos correcta la postura de nuestros legisladores, al momento de la sanción de la ley 23515, no incorporar este tipo de resarcimiento, creyendo que la voluntad de ellos fue que; si bien existe el matrimonio sanción, en donde al cónyuge culpable por incurrir en las causales del artículo 202 Código Civil se lo condena a la pérdida de la vocación hereditaria, obligación de pasar alimentos, etc.; no se lo puede condenar a que responda económicamente por un fracaso matrimonial, cuando es arto sabido que tanto la mujer como el hombre hacen con su accionar que el matrimonio tome determinado rumbo, nadie es totalmente culpable, ni totalmente inocente, ambos contribuyen para que dicha situación se de.-

Sin perjuicio de esto, compartimos la opinión que si el hecho ilícito que se le imputa a uno de los cónyuges configurara un delito, es claro que procedería la indemnización,

pero no ya fundada en una causal de divorcio, sino en el delito de derecho criminal cometido, que requeriría una sentencia inculpatoria de ese fuero.-

Si además de las sanciones previstas en materia del derecho de familia se le añade la aplicación de daños derivados del divorcio, como lo sostiene la jurisprudencia mayoritaria, lejos estaremos de favorecer la institución del matrimonio, porque si bien es un acto que se debe pensar con suma seriedad, y a la cual hoy nadie esta obligado a contraerlo, con esta postura los futuros esposos tendrían otro motivo para no formalizar, es decir, sería un nuevo factor disuasivo para asumir un compromiso de la trascendencia del matrimonio. Recordamos que una de las prioridades fundamentales del Estado, a través del derecho, es proteger el núcleo familiar.-

Asimismo cuando ya la situación matrimonial no es buena, permitir el resarcimiento de daños en esta materia, podría implicar una eventual fuga de los litigantes desde el divorcio remedio al divorcio sanción, tratando de acreditar cada cónyuge la culpa de su consorte para hacerse acreedor a la indemnización de daños materiales y morales, eludiendo la vía del divorcio por presentación conjunta o la causal objetiva, es decir, se dificultaría que los conflictos se encaminaran por la vía mas civilizada y menos dolorosa posible, como lo es el divorcio remedio, obstando en gran medida para alcanzar los logros que los tribunales de familia y las nuevas tendencias interdisciplinarias (llámese mediación) buscan solucionar frente a profundas crisis de la familia y las nocivas proyecciones que ello genera sobre el individuo y la sociedad, resultando sumamente difícil proponer tratamientos y soluciones amigables entre excónyuges, necesariamente primordial para la crianza de los hijos.-

Resulta incoherente que de un lado se tienda cada vez más a superar el concepto de culpa en el fracaso matrimonial propiciando las causales objetivas que precisamente no la atribuyen y, por otro lado, se propicie la reparación de daños y perjuicios derivados del divorcio con sustento en los principios de la responsabilidad extracontractual.-

En resumen, la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil en el divorcio vincular y separación personal, le aseguraría a quien se equivoca en la elección de su consorte, una reparación de los agrarios posibles derivados del fracaso matrimonial o de su mala elección, cuando creemos que no es viable, porque el matrimonio es una relación de amor, respeto y comprensión.-

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- ¹ Bidart Campos G. J. Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral. Buenos Aires. El Derecho. T 130; 1988: 287-303.-
- ² Bossert G. A, Zannoni E. A. Manual de derecho de familia. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea; 1996.-
- ³ Mosset Iturraspe J. Los daños emergentes del divorcio. La Ley. 1983 – C. 348-54.-
- ⁴ Bellucio A., Zannoni E. A. y Kemelmajer de Carlucci A. Responsabilidad civil en el Derecho de Familia, Buenos Aires. Hammurabi, 1983.-
- ⁵ Cecchini F. C., Saux E. I. Divorcio prejudicialidad y responsabilidad civil por daños entre cónyuges. Santa Fe. Zeus. 1991.-
- ⁶ Barbero O. U. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires. Astrea, 1977
- ⁷ Molina Quiroga E. La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio. La Ley. 1995 - B. 334-48
- ⁸ Jiménez J. O. Responsabilidad civil derivada de la separación y el divorcio. Doctrina Judicial 2003; (48): 871-84 .-
- ⁹ Molina Quiroga E. La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio. La Ley. 1995 - B. 334-48
- ¹⁰ Jiménez J. O. Responsabilidad civil derivada de la separación y el divorcio. Doctrina Judicial.2003; (48): 871-84 .-
- ¹¹ Sambrizzi E. Separación personal y divorcio.T. I. Buenos Aires.Abeledo – Perrot.. 1999
- ¹² Jornadas de derecho civil. Jurisprudencia Argentina. 1983 III – pag. 668-78
- ¹³ Mosset Iturraspe J. Los daños emergentes del divorcio. La Ley. 1983 – C. 348-54.-
- ¹⁴ Jiménez J. O. Responsabilidad civil derivada de la separación y el divorcio. Doctrina Judicial 2003; (48): 871-84 .-
- ¹⁵ Bidart Campos G. J. Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral. Buenos Aires. El Derecho. T 130; 1988: 287-303.-
- ¹⁶ Jiménez J. O. Responsabilidad civil derivada de la separación y el divorcio. Doctrina Judicial 2003; (48): 871-84 .-
- ¹⁷ Belluscio A. Derecho de Familia. T III. Buenos Aires. Depalma, 1981.-
- ¹⁸ Barbero O. U. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires. Astrea, 1977
- ¹⁹ Bustamante Alsina J. Divorcio y responsabilidad civil. La Ley – T. 1988 D, pág 376-391-
- ²⁰ J. Los daños emergentes del divorcio. La Ley. 1983 – C. 348-54.-
- ²¹ Alvarez O. O. Fallo CNCiv., sala F, mayo 21 – 1993. El Derecho. T157: 524-29
- ²² Alvarez O. O. Fallo CNCiv., sala F, mayo 21 – 1993. El Derecho. T157: 524-29
- ²³ Bidart Campos G. J. Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral. Buenos Aires. El Derecho. T 130; 1988: 287-303.-
- ²⁴ Ferrer F. El resarcimiento de daños en la separación personal y el divorcio. Revista de Derecho Privado y Comunitario, pag. 303-345
- ²⁵ Belluscio A. Derecho de Familia. T III. Buenos Aires. Depalma, 1981.-
- ²⁶ Daños y perjuicios, daño moral – divorcio – Responsabilidad del cónyuge culpable. [pleno]. La Ley T.1994 E, pag. 538-62.-

-
- ²⁷ Bidart Campos G. J. Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral. Buenos Aires. El Derecho. T 130; 1988: 287-303.-
- ²⁸ Sanbrizzi, E. Separación personal y divorcio, T. I. Buenos Aires Abeledo – Perrot. 1999.-
- ²⁹ Daños y perjuicios, daño moral – divorcio – Responsabilidad del cónyuge culpable. [pleno]. La Ley T.1994 E. 538-62.-
- ³⁰ Cecchini F., Saux E. Divorcio prejudicialidad y responsabilidad civil por daños entre cónyuges. Buenos Aires. Zeus. 1991.-
- ³¹ Daños y perjuicios, daño moral – divorcio – Responsabilidad del cónyuge culpable. [pleno]. La Ley T.1994 E: 538-62.-
- ³² Bustamante Alsina J. Divorcio y responsabilidad civil. La Ley T. 1998 D: 376-91.-
- ³³ Taraborrelli N. Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación y el divorcio”. La Ley T. 1990 – C, 1100-1104.-
- ³⁴ Mosset Iturraspe, J. Los daños emergentes del divorcio. La Ley . 1983 – C,: 348-54.-
- ³⁵ Belluscio A. C. Derecho de familia. T. III, Buenos Aires, De Palma, 1981.-
- ³⁶ Belluscio A. C. Derecho de familia. T. III, Buenos Aires, De Palma, 1981.-
- ³⁷ Sambrizzi E. A. Separación personal y divorcio. T I. Buenos Aires Abeledo Perrot, 1999.-
- ³⁸ Dutto R. Indemnización por el daño moral derivado del divorcio. Santa Fe. Zeus T. 32, J-284.-
- ³⁹ Manchini H. Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio. Jurisprudencia Argentina., 1986 T. I: 727-30.-
- ⁴⁰ Spota A. Daño moral en el adulterio. El Derecho. T. 139, 396-99.-
- ⁴¹ Sambrizzi E. Separación personal y divorcio T. I. Buenos Aires. Abeledo – Perrot. 1999.-
- ⁴² Zannoni, E., Bossert G. Manual de derecho de familia, 4ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1996.-
- ⁴³ Belluscio A. Derecho de Familia. T. III. Buenos Aires. Depalma. 1981.-
- ⁴⁴ Borda G. Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y el divorcio. El Derecho. T. 147: 813-15.-
- ⁴⁵ Daños y perjuicios, daño moral – divorcio – Responsabilidad del cónyuge culpable. [pleno]. La Ley T.1994 E: 538-62.-
- ⁴⁶ Daños y perjuicios, daño moral – divorcio – Responsabilidad del cónyuge culpable. [pleno]. La Ley T.1994 E: 538-62.-
- ⁴⁷ Solari N. Responsabilidad civil y divorcio. La Ley T. 2001 D:.1182-95.-
- ⁴⁸ Di Lella P. Derecho de daño vs. Derecho de familia. La Ley T. 1992- D:. 862-73
- ⁴⁹ Daños y perjuicios, daño moral – divorcio – Responsabilidad del cónyuge culpable. [pleno]. La Ley T.1994 E: 538-62.-
- ⁵⁰ Belluscio A. Derecho de Familia. T. III. Buenos Aires. Depalma. 1981.-
- ⁵¹ Barbero O. U. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires. Astrea, 1977
- ⁵² Barbero O. U. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires. Astrea 1997
- ⁵³ Bidart Campos G. J. Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral. Buenos Aires. El Derecho. T 130; 1988: 287-303.-
- ⁵⁴ Belluscio A. Derecho de Familia. T. III. Buenos Aires. Depalma. 1981.-

BIBLIOGRAFÍA EN GENERAL

- Barbero, Omar: Daños y perjuicio derivados del divorcio.-
- Belluscio, Augusto: Derecho de Familia. T III.-
- Cecchini, Francisco y Saux, Edgardo: Divorcio prejudicialidad y responsabilidad civil por daños entre cónyuges.-
- El Derecho: Tomo 130.-
- El Derecho: Tomo 139.-
- El Derecho: Tomo 147.-
- El Derecho: Tomo 157.-
- Jurisprudencia Argentina: 1983 Tomo III.-
- Jurisprudencia Argentina: 1986 Tomo I.-
- Jurisprudencia Argentina: 1991 Tomo II.-
- Jurisprudencia Argentina: 1993 Tomo III.-
- La Ley: Tomo 1983 C.-
- La Ley: Tomo 1988 D.-
- La Ley: Tomo 1990 B.-
- La Ley: Tomo 1990 C.-
- La Ley: Tomo 1991 D.-
- La Ley: Tomo 1991 E.-
- La Ley: Tomo 1993 A.-
- La Ley: Tomo 1994 E.-
- La Ley: Tomo 1995 B.-
- La Ley: Tomo 2001 D.-
- La Ley, Doctrina Judicial: año XIX, nro 48.-
- Revista de Derecho Privado y Comunitario: Resarcimiento de Daños en la Separación Personal y el Divorcio.-
- Sambrizzi, Eduardo: Separación Personal y Divorcio, Tomo I
- Zeus: Tomo 32, J-282.-
- Zeus: Tomo 71, J-409.-
- Zeus: Tomo 80, R-5.-