

## CAPÍTULO II

### RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

|                                                                                                                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| .....                                                                                                                                                                                                        | 45 |
| I. Introducción .....                                                                                                                                                                                        | 46 |
| II. Fundamentos del deber de indemnizar los<br>daños y perjuicios derivados del divorcio .....                                                                                                               | 47 |
| 1. Especialidad de las normas del Derecho de Familia .....                                                                                                                                                   | 49 |
| A) El Derecho de Familia debe adecuar sus normas al<br>Derecho Civil Constitucional y respetar el rango<br>superior del principio jurídico de no dañar, de<br>jerarquía constitucional y supranacional ..... | 49 |
| B) La especialidad en materia de familia no crea<br>una tercera rama del Derecho ni impide la<br>aplicación de los principios generales .....                                                                | 50 |
| C) La especialidad en materia de Derecho de<br>Familia no ha impedido indemnizar los daños<br>causados en materia de filiación ni en otras órbitas .....                                                     | 51 |
| 2. Falta de previsión legislativa de los daños en el<br>divorcio, similar a la existente en materia de nulidades .....                                                                                       | 52 |
| A) La especialidad en materia de nulidades no impide<br>la aplicación de los principios de la responsabilidad<br>civil en otras órbitas del Derecho de Familia .....                                         | 53 |
| B) Sostener la necesidad de norma expresa<br>es contrario a nuestro sistema legal .....                                                                                                                      | 54 |
| 3. El error de elección .....                                                                                                                                                                                | 55 |
| 4. Disminución de los matrimonios .....                                                                                                                                                                      | 56 |
| 5. Hay daños que deben quedar sin reparación .....                                                                                                                                                           | 57 |
| 6. Los daños son compensados con los alimentos<br>que el cónyuge inocente debe pagar al culpable .....                                                                                                       | 57 |
| 7. La imposibilidad de distinguir los deberes del matrimonio<br>de las obligaciones jurídicas en sentido estricto. ....                                                                                      | 59 |

|      |                                                                                                                        |    |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 8.   | La expresa recepción legislativa<br>en los países donde se lo admite . . . . .                                         | 60 |
| 9.   | La no influencia de la culpabilidad o inocencia<br>en la división de bienes comunes . . . . .                          | 60 |
| 10.  | El posible aumento de la litigiosidad contradictoria . . . . .                                                         | 60 |
| III. | Conclusiones de jornadas y congresos . . . . .                                                                         | 63 |
| 1.   | Primeras Jornadas Australes de Derecho,<br>Comodoro Rivadavia, 1980 . . . . .                                          | 64 |
| 2.   | Segundas Jornadas Provinciales de Derecho<br>Civil de Mercedes, junio de 1983 . . . . .                                | 64 |
| 3.   | Jornadas de Responsabilidad por Daños en<br>homenaje a Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990 . . . . .                 | 65 |
| 4.   | Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones,<br>homenaje a la doctora M. J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990 . . . . . | 66 |
| IV.  | Extensión del deber de reparación . . . . .                                                                            | 66 |
| 1.   | El daño extrapatrimonial consecuencia<br>del hecho generador del divorcio . . . . .                                    | 66 |
| 2.   | El daño extrapatrimonial ocasionado<br>por el divorcio en sí . . . . .                                                 | 67 |
| 3.   | La solución del Proyecto de Reforma<br>del Código Civil de 1998 . . . . .                                              | 69 |
| V.   | Presupuestos de la obligación de indemnizar . . . . .                                                                  | 70 |
| 1.   | Carácter de la responsabilidad . . . . .                                                                               | 70 |
| A)   | Responsabilidad contractual . . . . .                                                                                  | 71 |
| B)   | Responsabilidad extracontractual . . . . .                                                                             | 72 |
| 2.   | Antijuridicidad . . . . .                                                                                              | 74 |
| 3.   | Relación de causalidad . . . . .                                                                                       | 75 |
| 4.   | Factor de atribución . . . . .                                                                                         | 77 |
| A)   | La culpa grave como factor de atribución . . . . .                                                                     | 77 |
| B)   | El concepto y la finalidad de la culpa<br>grave en las relaciones de familia . . . . .                                 | 78 |
| C)   | La culpa grave siempre existió<br>en las relaciones de familia . . . . .                                               | 79 |
| D)   | El dolo . . . . .                                                                                                      | 80 |
| E)   | El divorcio sin atribución de culpa . . . . .                                                                          | 81 |

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| F) El divorcio por culpa de ambos cónyuges . . . . .                                                                       | 81 |
| a) Culpa de ambos cónyuges pero<br>originarias en un mismo hecho . . . . .                                                 | 83 |
| b) Separación personal sin voluntad<br>de unirse (art. 204) . . . . .                                                      | 83 |
| c) Divorcio por presentación conjunta . . . . .                                                                            | 84 |
| d) Supuestos del artículo 203 . . . . .                                                                                    | 84 |
| VI. Los daños . . . . .                                                                                                    | 84 |
| 1. Daño material . . . . .                                                                                                 | 85 |
| A) Pérdida del derecho hereditario . . . . .                                                                               | 85 |
| B) Modificación de la situación económica . . . . .                                                                        | 86 |
| 2. Daño moral . . . . .                                                                                                    | 86 |
| A) Pérdida de la “chance matrimonial” . . . . .                                                                            | 86 |
| B) Daño moral por verse privada al uso del nombre . . . . .                                                                | 87 |
| C) Daño moral por lesión a los sentimientos religiosos . . . . .                                                           | 87 |
| D) Daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos . . . . .                                                          | 87 |
| VII. Expectativas de ventajas económicas . . . . .                                                                         | 90 |
| VIII. Supuestos jurisprudenciales . . . . .                                                                                | 90 |
| 1. Jurisprudencia que admitió la indemnización<br>de daños y perjuicios derivados del divorcio . . . . .                   | 90 |
| A) Fallo plenario de la Cámara Nacional<br>de Apelaciones en lo Civil . . . . .                                            | 90 |
| B) Las desavenencias del matrimonio<br>no eximen la responsabilidad por los<br>daños producidos por el adulterio . . . . . | 92 |
| C) Daño moral por el incumplimiento del convenio<br>de liquidación de la sociedad conyugal . . . . .                       | 93 |
| D) Adulterio. Indemnización por daño moral . . . . .                                                                       | 93 |
| E) Constantes vejámenes y abusos a<br>que eran sometidos los familiares . . . . .                                          | 94 |
| F) Abandono de la mujer frente a los acreedores<br>que embargan los bienes del hogar . . . . .                             | 94 |
| G) Injurias graves que dan lugar a la<br>indemnización por daño moral . . . . .                                            | 95 |

|                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. Jurisprudencia que no admitió la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio .....                                                 | 96 |
| A) El adulterio “discreto” no produce daño grave susceptible de ser indemnizado .....                                                                | 96 |
| B) El adulterio “posterior a la separación” no provoca daño ..                                                                                       | 96 |
| C) La imposibilidad de la vida en común no importa un daño en el espíritu de la reclamante .....                                                     | 97 |
| D) No es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria a raíz del divorcio. ....                                                                  | 97 |
| E) No es indemnizable la disolución anticipada de la sociedad conyugal en la que no había bienes productores de rentas que debieran liquidarse ..... | 98 |
| F) No son indemnizables las expresiones de desamor. ....                                                                                             | 98 |
| G) Injurias graves. Improcedencia de indemnización por daño moral .....                                                                              | 98 |
| 3. El silencio de la ley. Improcedencia de la indemnización del daño moral derivado del divorcio .....                                               | 99 |
| 4. Improcedencia de daño moral derivado de las causales de divorcio en sí mismas. ....                                                               | 99 |

## CAPÍTULO II

### RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Fundamentos del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio. 1. Especialidad de las normas del Derecho de Familia. A) 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. B) La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales. C) La especialidad en materia de Derecho de Familia no ha impedido indemnizar los daños causados en materia de filiación ni en otras órbitas. 2. Falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio, similar a la existente en materia de nulidades. A) La especialidad en materia de nulidades no impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en otras órbitas del Derecho de Familia. B) Sostener la necesidad de norma expresa es contrario a nuestro sistema legal. 3. El error de elección. 4. Disminución de los matrimonios. 5. Hay daños que deben quedar sin reparación. 6. Los daños son compensados con los alimentos que el cónyuge inocente debe pagar al culpable. 7. La imposibilidad de distinguir los deberes del matrimonio de las obligaciones jurídicas en sentido estricto. 8. La expresa recepción legislativa en los países donde se lo admite. 9. La no influencia de la culpabilidad o inocencia en la división de bienes comunes. 10. El posible aumento de la litigiosidad contradictoria. III. Conclusiones de jornadas y congresos. 1. Primeras Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980. 2. Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, junio de 1983. 3. Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje a Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990. 4. Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990. IV. Extensión del deber de reparación. 1. El daño extrapatrimonial consecuencia del hecho generador del divorcio. 2. El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí. 3. La solución del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998. V. Presupuestos de la obligación de indemnizar. 1. Carácter de la responsabilidad. A) Responsabilidad contractual. B) Responsabilidad extracontractual. 2. Antijuridicidad. 3. Relación de causalidad. 4. Factor de atribución. A) La culpa grave como factor de atribución. B) El concepto y la finalidad de la culpa grave en las relaciones de

familia. C) La culpa grave siempre existió en las relaciones de familia. D) El dolo. E) El divorcio sin atribución de culpa. F) El divorcio por culpa de ambos cónyuges. a) Culpa de ambos cónyuges pero originarias en un mismo hecho. b) Separación personal sin voluntad de unirse. c) Divorcio por presentación conjunta. d) Supuestos del artículo 203. VI. Daño. 1. Daño material. A) Pérdida del derecho hereditario. B) Modificación de la situación económica. 2. Daño moral. A) Pérdida de la "chance matrimonial". B) Daño moral por verse privada al uso del nombre. C) Daño por lesión a los sentimientos religiosos. D) Daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos. VII. Expectativas de ventajas económicas. 1. La indemnización por daño moral no otorga ventajas económicas sino que repara el perjuicio sufrido. VIII. Supuestos jurisprudenciales. 1. Jurisprudencia que admitió la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio. A) Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. B) Las desavenencias del matrimonio no eximen la responsabilidad por los daños producidos por el adulterio. C) Daño moral por el incumplimiento del convenio de liquidación de la sociedad conyugal. D) Adulterio. Indemnización por daño moral. E) Constantes vejámenes y abusos a que eran sometidos los familiares. F) Abandono de la mujer frente a los acreedores que embargan los bienes del hogar. G) Injurias graves que dan lugar a la indemnización por daño moral. 2. Jurisprudencia que no admitió la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio. A) El adulterio "discreto" no produce daño grave susceptible de ser indemnizado. B) El adulterio "posterior a la separación" no provoca daño. C) La imposibilidad de la vida en común no importa un daño en el espíritu de la reclamante. D) No es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria a raíz del divorcio. E) No es indemnizable la disolución anticipada de la sociedad conyugal en la que no había bienes productores de rentas que debieran liquidarse. F) No son indemnizables las expresiones de desamor. G) Injurias graves. Improcedencia de indemnización por daño moral. 3. El silencio de la ley. Improcedencia de la indemnización del daño moral derivado del divorcio. 4. Improcedencia del daño moral derivado de las causales de divorcio en sí mismas.

## 1. Introducción

Abordamos este capítulo con una *triple* motivación:

La primera, consolidar el principio según el cual no puede quedar impune el daño causado voluntariamente por el hecho de que se haya realizado durante el matrimonio.

La segunda, la convicción de que no debe convertirse a la institución matrimonial en sitio donde se hiera y se injurie con absoluta gratuidad.

La tercera, *el entendimiento de que las reparaciones deben ser otorgadas en el marco de los principios generales de la responsabilidad civil que rigen nuestro ordenamiento.*

Dos han sido las grandes cuestiones que han dividido a la doctrina y a la jurisprudencia:

- a) La procedencia de la indemnización por aplicación de los principios derivados de la responsabilidad extracontractual.
- b) La extensión de esa reparación en caso de ser procedente, pues mientras algunos aceptan indemnizar sólo los daños derivados del hecho constitutivo del divorcio (la injuria, el adulterio), otro sector doctrinario lo extiende a los daños derivados del divorcio en sí (pérdida de la situación social, económica, sufrimiento constitutivo de daño moral, etc.).

## II. Fundamentos del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio<sup>1</sup>

Vamos a reseñar los diferentes argumentos esgrimidos para opo-

<sup>1</sup> VELAZCO, José Raúl, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, en L. L. 1991-A-1034; PERROT, Celina Ana y ROMANO, Claudio Gustavo, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio*, en L. L. 1991-D-1016; MIZRAHI, Mauricio L., *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil*, en L. L. 1996-D-1702, y *Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios del divorcio*, en J. A. 1993-II-338; MOLINA QUIROGA, Eduardo, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, en L. L. 1995-B-334; MANCIJINI, Héctor, *Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio*, en J. A. 1986-I-727; ZANNONI, Eduardo, *Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, en J. A. 1994-II-822; MEDINA, Graciela, *Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario)*, en J. A. 1994-IV-837, y hay muy pocos precedentes judiciales: Tribunal de Apelaciones en lo Civil N° 2 de turno, Montevideo (Uruguay), 6-3-89, E. D. 139-397, con nota del Dr. Alberto Spota; CNCiv., sala C, 17-5-88, E. D. 130-290, con nota del Dr. Germán Bidart Campos; SALAS, Acdeel, *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, en J. A. 1942-II-1011; ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio*, en L. L. 27-212; COLOMBO, Leonardo, *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*, en L. L. 89-708; SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1968, t. 2, vol. 2, ps. 149 y ss.; BARBERO, Omar, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1977; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, en L. L. 1983-C-348; BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1981, vol. 3, ps. 580 y ss.; MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, t. 2, p. 26; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil*, en *Derecho de*

nerse a la recepción de la reparación del daño producido por el divorcio para luego abordar el tema de la extensión de la reparación y, finalmente, detenernos en la gravedad del factor de atribución.

Los argumentos desarrollados para oponerse a la reparación del daño cuasidelictual del divorcio son:

- (i) La especialidad de las normas del Derecho de Familia;
- (ii) falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio, similar a la existente en materia de nulidades;
- (iii) la premisa de que no se puede indemnizar el error de elección;
- (iv) la creencia de que el hacer lugar a la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio puede producir la disminución de matrimonios;
- (v) la aceptación de que hay daños en la vida que deben quedar sin reparar, y
- (vi) la afirmación de que en los países donde se aceptó la responsabilidad existió decisión expresa del legislador.

Creemos que todos y cada uno de estos fundamentos pueden ser respondidos con otros argumentos que convencen sobre la posibilidad

*Daños*, en homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, Cap. XXVIII; LAGOMARSINO, Carlos y URIARTE, Jorge, *Separación personal y divorcio*, Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 466; MAKIANICH DE BASSET, Lidia, *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio*, en E. D. 115-844; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Divorcio y responsabilidad civil*, en L. L. 1988-D-376; LOMBARDI, César y SALVATORI REVIREGO, Gustavo, *La responsabilidad civil en la separación personal y en el divorcio*, en D. J. 1989-2-657; LEVY, Lea; WAGMAISTER, Adriana e IÑIGO DE QUIDIELLO, Delia, *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, en L. L. 1990-C-990; URIARTE, Jorge, *Reparación del daño extrapatrimonial derivado de los hechos constitutivos del divorcio*, en J. A. 1988-III-376; LEVY, WAGMAISTER e IÑIGO DE QUIDIELLO, *La situación de divorcio...* cit.; TARABORRELLI, José, *Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio*, en L. L. 1990-C-1100; SPROVIERO, Juan H., *Responsabilidad penal del divorcio vincular*, Ábaco, Buenos Aires, 1998; comentario de Susana Albanese, en L. L. 1989-B-1173; SOLARI, Néstor E., *Responsabilidad civil y divorcio*, en L. L. del 2-8-2001, p. 1; MIZRAHI, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil* cit.; LIZ, Carlos Alberto, *Perjuicios futuros indemnizables del divorcio*, en L. L. 1991-E-1051; HIPÓLITO Silvia C., *Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio*, en L. L. 1991-E-1051; FERNÁNDEZ RIBET, *El daño moral en el divorcio*, en D. J. 1998-3-223.

de la reparación. No de una reparación genérica, que se produzca necesariamente con el divorcio, sino de una reparación en aquellos casos en que se dan los presupuestos de la responsabilidad civil.

Partiendo de estas apreciaciones analizaremos cada uno de los argumentos dados en contra de la indemnización del daño extracontractual en el divorcio.

### 1. *Especialidad de las normas del Derecho de Familia*

El primer argumento desarrollado para denegar la indemnización de daño extrapatrimonial derivado del divorcio deviene de considerar que el régimen matrimonial es especial, y que las características propias de la institución del matrimonio atienden a una particular realidad fundamental de convivencia que no permite aplicar las normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por los hechos ilícitos.

Este argumento fue desarrollado, también, por la doctora Delfina Borda —en su excelente voto en el fallo plenario de la Capital Federal—, quien señaló que la especialidad del Derecho de Familia hace imperativas sus normas, y torna inadmisibles la aplicación de otras ramas del Derecho Privado, como es el patrimonial, por lo que no habiendo ninguna norma expresa no consideró admisible este tipo de indemnizaciones.

Estimamos que este argumento puede responderse así:

#### A) *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*

La especialidad del Derecho de Familia y la diferencia de su contenido no es justificativo para violar el principio jurídico de no dañar a otro, que tiene jerarquía constitucional y supranacional.

El principio jurídico de no dañar a otro está contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Es un derecho implícito porque hace a la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona humana, derecho éste de jerarquía supralegal.

El Derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas

de Derecho Civil de rango constitucional<sup>2</sup> y no puede, en aras a la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro.

Por otra parte, cabe recordar que el derecho a la integralidad de la persona humana “no es otorgado a la persona humana” sino que pertenece a la persona per se, y sólo puede ser reconocido por el Derecho supranacional o nacional<sup>3</sup>. No advertimos cómo una rama especial del Derecho (en este caso el Derecho de Familia) puede obviar ese principio.

Señala la doctora Méndez Costa que partiendo de la calidad de derecho humano del que se tiende a la integralidad física y espiritual, hemos llegado a sostenerlo asimismo de los derechos familiares y entre ellos, tal vez en primer lugar, de los cónyuges conjugados en la fe matrimonial, que se manifiesta en las múltiples facetas de la fidelidad, la asistencia y la convivencia de los esposos. Faltar a los correlativos deberes, infringir los derechos del consorte implican afectar su dignidad, el respeto incondicional debido a su ser<sup>4</sup>.

**B) *La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales***

Cierto es que la materia está inspirada y gobernada por principios que le son propios, pero también tienen principios propios otras ramas del Derecho Privado como el Derecho Societario, los Derechos Reales, o el Derecho de la Empresa, y no por ello se los ha excluido del Derecho común<sup>5</sup>.

El Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse

<sup>2</sup> RIVERA, Julio César, *El Derecho Privado Constitucional*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 27.

<sup>3</sup> HERVADA, Javier, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, en *Persona y Derecho*, IX, 1982, ps. 243/256.

<sup>4</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La indemnización del daño moral causado por las inconductas conyugales en el contexto de los derechos humanos*, en E. D. 181-746.

<sup>5</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, Reus, Madrid, 1983, p. 54.

los principios de la teoría general del Derecho Civil; así, por ejemplo, “la representación paterno-materna de los hijos menores se rige supletoriamente por las normas del mandato”<sup>6</sup>.

Cabe afirmar que, en principio, en el matrimonio se aplican las reglas generales en cuanto a capacidad, efectos y responsabilidad, y que cuando la ley quiere apartarse de la generalidad determina un régimen específico para los cónyuges, como en el caso del mandato—artículo 1276 del Código Civil— o de la posibilidad de constituir sociedades de persona.

Resultando entonces de aplicación los principios generales que gobiernan el Derecho Privado, debe admitirse la obligación de reparar el daño causado por el hecho generador del divorcio o por el divorcio en sí, ya que con ello no se vulnera la institución matrimonial ni se alteran los principios de orden público que hacen a la familia e impedimos que queden impunes quienes, a sabiendas, cometieron un daño.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho 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 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 concordantes 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, no sería suficiente para ceñir las sanciones a ese ámbito exclusivo”<sup>7</sup>.

C) *La especialidad en materia de Derecho de Familia no ha impedido indemnizar los daños causados en materia de filiación ni en otras órbitas*

En materia de filiación extramatrimonial no existe ninguna norma

<sup>6</sup> MÉNDEZ COSTA, *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil* cit., p. 636.

<sup>7</sup> CNCiv., sala C, 17-5-88, “L. de P., M. S. e/P., J. C. O.”, J. A. 1988-III-376.

que expresamente obligue a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento; sin embargo, jurisprudencialmente se ha condenado a pagar los daños originados por el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial, aplicando los principios de la responsabilidad civil<sup>8</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que “lo decisivo para sostener la procedencia de la indemnización del daño moral en materia de divorcio es que todo hecho que encuadre en una causal de divorcio es contrario a la ley por causar daño, de donde se presentan los recaudos de los artículos 1066, 1067 del Código Civil, por dolo (art. 1077, Cód. Civ.) o por culpa (art. 1109, Cód. Civ.). Así como no está vedado al cónyuge víctima denunciar o querellar penalmente al culpable de delitos de lesiones, injurias, adulterio, tentativa de homicidio, etcétera, y no se vedaría la indemnización correspondiente en sede civil o en la jurisdicción criminal (art. 29, Cód. Pen.), tampoco puede concebirse un obstáculo legal para la indemnización de los daños provenientes de hechos que sean solamente delitos o cuasidelitos del Derecho Civil, ante los tribunales correspondientes”<sup>9</sup>.

## 2. *Falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio, similar a la existente en materia de nulidades*

Otro de los argumentos para considerar que no corresponde indemnizar el daño extrapatrimonial provocado por el divorcio radica en señalar el hecho de que el legislador, en tres leyes dictadas a lo largo de cien años, no haya previsto la reparación de los daños como uno de los efectos del “divorcio por culpa” y sí lo haya hecho en materia de nulidad de matrimonio, lo que indica claramente que la intención legislativa es la limitación de la responsabilidad al supuesto de nulidad matrimonial.

Esta idea admite las siguientes respuestas:

<sup>8</sup> J1ª Inst. CCom. N° 9 de San Isidro, 29-3-88, publ. en E. D. 128-33, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño extrapatrimonial al hijo*.

<sup>9</sup> CNCiv., sala C, 17-5-88, “L. de P., M. c/P., J. C.”, J. A. 1988-III-376.

A) *La especialidad en materia de nulidades no impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en otras órbitas del Derecho de Familia*

La mayoría de la doctrina nacional acepta la absoluta especialidad en materia de nulidades matrimoniales y la no aplicación a ellas de la teoría general de las nulidades. Esta especialidad explica que el legislador haya hecho referencia específica a la aceptación de la responsabilidad civil en materia de nulidades. Como el régimen de las nulidades matrimoniales se basta a sí mismo, *no como el resto del Derecho de Familia*, podría entenderse necesario que el legislador impusiera explícitamente la responsabilidad por daños.

Pero en el resto del Derecho de Familia, por no ser un régimen autosuficiente, se aplican los principios generales de la responsabilidad civil. Ello es comúnmente aceptado en el ámbito de los esponsales<sup>10</sup> y también en el de la responsabilidad por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial<sup>11</sup>.

Consideramos que "no puede fundarse en la omisión de la ley 23.515 la inexistencia de la acción resarcitoria. Si bien es cierto que cuando el Código Civil se ocupa de los efectos propios de la separación personal y del divorcio no alude expresamente a ello, también lo es que no lo prohíbe. Si se restringiera la procedencia de las indemnizaciones a los daños tipificados expresamente, se estaría privando de tutela legal a facultades que la misma ley reconoce en protección de intereses también legítimos.

"El régimen de las nulidades matrimoniales, es un sistema autónomo en orden a los vicios que lo invalidan y a los efectos propios del aniquilamiento del acto. Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas. Aunque en materia de matrimonio nada se hubiere dicho sobre tales efectos de la nulidad, o nada se diga sobre otros

<sup>10</sup> MAZZINGHI, Jorge, *Objeciones al proyecto de ley de matrimonio civil aprobado por Diputados*, en L. L. 1986-E-1104.

<sup>11</sup> CCCom. de San Isidro, sala I, 13-10-88, E. D. 132-475, con nota de Delia Makianich de Basset y Gutiérrez.

efectos del divorcio que no sean los propios de la separación, no obsta ello a que deban repararse los daños y perjuicios que la ilicitud del comportamiento de una parte hubiere causado al otro sujeto vinculado por el acto”<sup>12</sup>.

“Tanto en el régimen del Código Civil, tal como fue concebido por Vélez Sársfield, como en el de la ley 2393 y en la ley 23.515 que derogara esta última, existe una ausencia de norma concreta que regule el daño moral en lo que hace al divorcio, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad de matrimonio. Frente al cúmulo de opiniones doctrinarias desencontradas, es aplicable el criterio mayoritario que propicia la admisión del daño moral, en tanto los hechos por los cuales se decretó el divorcio constituyan verdaderos hechos ilícitos, por violar los deberes que la ley impone a los cónyuges siendo de aplicación los artículos 1109, 1077 y 1078 del Código Civil. El silencio que la ley guarda respecto del derecho del esposo que no dio motivo a la declaración del divorcio, no le impide a éste reclamar del culpable, por su conducta antijurídica, el resarcimiento de los daños y perjuicios ya sea materiales y/o morales que le haya provocado, pues le son aplicables las citadas normas generales, referidas al resarcimiento por hechos ilícitos, ya que para negar tal derecho al inocente, sería necesario un texto expreso en contrario. Si a través de los hechos quedó demostrado que el marido menoscabó gravemente los derechos que el estado matrimonial atribuía a su cónyuge, en especial, el de fidelidad conyugal, pues mantuvo relaciones extramatrimoniales con una mujer poco mayor que sus hijas, con la que fue visto en actitudes indecorosas impropias de un hombre casado, que convive con ella y que de dicha unión ha nacido un hijo corresponde acceder al daño moral”<sup>13</sup>.

**B) *Sostener la necesidad de norma expresa  
es contrario a nuestro sistema legal***

Lo contrario sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, lo que es inadecuado a nuestro sistema legal (arg. art. 1109).

<sup>12</sup> CCCom. de Morón, sala I, 11-10-90, “R., M. c/L., A. s/Divorcio”, BA B2300267.

<sup>13</sup> CNCiv., sala F, 28-3-89, “S. E. c/S. de S. s/Divorcio”.

Con atinado criterio señalaba Bidart Campos, al comentar un caso de indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio, que “los marcos iusprivatistas de la responsabilidad –tanto contractual como extracontractual– son importantes, pero subsiste latente, por detrás y por encima, un problema de jerarquía constitucional: el principio que inferíamos del artículo 19 de la Constitución Nacional. ¿Alcanza sin más para que sin ninguna otra normativa infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero? Creemos que sí”<sup>14</sup>.

No obstante lo antedicho, una norma expresa como la prevista por el Proyecto de Código Civil de 1998 es conveniente para iluminar toda duda<sup>15</sup>.

### 3. *El error de elección*

También se ha fundado la no recepción del daño extrapatrimonial en “el error de elección”, diciendo que quienes se casan piensan que los deberes derivados del matrimonio serán cumplidos por el otro cónyuge y que si esto no se logra se deberá soportar el fracaso. Este argumento fue desarrollado muy extensamente por la doctora Estévez Braza, en el año 1988<sup>16</sup>, quien señaló que *no corresponde reparar el error de elección*. Concretamente dijo: “se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido –exigencia fundamental– con todo lo que ello implica. Si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos”.

Este argumento también puede ser refutado diciendo que:

(i) *La reparación del daño no implica la indemnización del error*

<sup>14</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio*, en E. D. 146-99.

<sup>15</sup> Art. 525 del Proyecto de Reforma de Código Civil de 1998.

<sup>16</sup> Sala B de la CNCiv., 29-4-88, fallo 32.184.

*sino del perjuicio.* Muchas veces puede mediar un error en las cualidades del otro contrayente pero eso no necesariamente ha de presuponer una indemnización. Sólo cabrá la reparación si el compañero, erradamente elegido, comete un acto antijurídico que produzca un daño.

#### 4. *Disminución de los matrimonios*

Otra de las consideraciones realizadas en contra de la reparación del daño extrapatrimonial en el divorcio es de carácter valorativo; se ha señalado que la posibilidad de la reparación del daño extrapatrimonial va a implicar una disminución de la tasa de matrimonio.

No nos parece convincente este razonamiento, pues:

(i) *No es eximente de la responsabilidad civil la posibilidad de que otras personas no se casen.* No es aceptable que estando dados los presupuestos de la responsabilidad civil se exima al responsable porque existan personas que lean el precedente y asustadas no se casen. Esta forma de razonar es propia del *common law* donde los jueces pueden “crear” las figuras de ilícitos indispensables o rechazarlas con fundamentos sociológicos o de política jurídica pero impropia de nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánica donde los magistrados han de atenerse al plexo positivo.

(ii) *Aun siendo admitida la posibilidad de reparar por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia los precedentes son pocos.* Los precedentes conocidos en materia de responsabilidad por daños son pocos, aun cuando la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia los admite. Ello porque los requisitos para lograrla son muchos y el dictado de esta sentencia no va a facilitar el cumplimiento de los mismos.

Creemos que el divorcio remedio seguirá siendo la vía adecuada para lograr la solución de los matrimonios desquiciados, por la rapidez y economía de su obtención, a más de que en la generalidad de los casos no existe un único culpable o un único inocente de la quiebra matrimonial.

### 5. *Hay daños que deben quedar sin reparación*

Por otra parte se ha considerado que hay daños que deben quedar sin reparación como, por ejemplo, el dolor por la traición de un amigo. Consideramos que este razonamiento admite la siguiente respuesta: no deben quedar sin indemnizar los daños y perjuicios originados por el hecho generador del divorcio cuando sean conductas antijurídicas, exista factor de atribución y guarden relación de causalidad adecuada.

### 6. *Los daños son compensados con los alimentos que el cónyuge inocente debe pagar al culpable*

Quienes niegan la posibilidad de la reparación sostienen que la circunstancia de que la ley 23.515 haya previsto en la prestación alimentaria aspectos que son propios de las prestaciones compensatorias, compensa el daño que eventualmente la cónyuge supérstite podría sufrir.

En este sentido se expresa que “la ley prevé la indemnización que el cónyuge culpable del divorcio debe pagar al inocente, a través de los alimentos establecidos para los supuestos de separación personal y divorcio (arts. 207 y 217), que tienen carácter resarcitorio. Si además de esta indemnización se paga otra no prevista expresamente en el régimen legal específico del divorcio, el culpable estaría pagando una doble indemnización, lo cual, además de abusivo, importa desconocer la especialidad del Derecho de Familia”<sup>17</sup>.

Creemos que estos argumentos pueden ser contestados de la siguiente manera:

(i) *Las prestaciones alimentarias son asistenciales y no reparatorias*. Lo condenado a pagar en concepto de alimentos contribuye al sostenimiento del inocente pero no repara el daño causado ni contribuye a su superación.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho que “Los efectos que la culpabilidad en la separación personal y el divorcio vincular com-

<sup>17</sup> FERRER, Francisco, *Daños resarcibles en el divorcio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 29.

portan, carecen de carácter reparatorio por los daños que la afrenta susceptible de provocar el divorcio pueda ocasionar al otro cónyuge, ni de los que el divorcio por sí mismo le infrinja al inocente. Las sanciones al culpable encuentran su fundamento en el Derecho de Familia, mientras que la reparación del daño causado encuentra su fundamento en el terreno de la responsabilidad civil. No se castiga dos veces el mismo comportamiento sino que cada sanción apunta a un aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio al aspecto familiar y la indemnización al aspecto patrimonial”<sup>18</sup>.

“Son materias distintas la indemnización por daños derivados del divorcio y los alimentos del Código Civil, artículo 207”<sup>19</sup>.

(ii) *Los alimentos sólo se dan al cónyuge inocente. La indemnización por daños puede darse al culpable.* Los alimentos sólo son otorgados al cónyuge inocente del divorcio, pero puede ocurrir que el divorcio sea declarado por culpa de ambos esposos, en este caso ninguno de los dos tendrá en principio derecho alimentario, pero si la causa de la separación fue la lesión física que uno de ellos le causó al otro, carece de justificación que no se lo condene al victimario a indemnizar al menos el daño material causal del divorcio.

(iii) *Las legislaciones que admiten las prestaciones compensatorias, como la francesa, también admiten la reparación de daños. Por ende, de seguirse el modelo francés, el cobrar alimentos no impediría la indemnización de los perjuicios.* En definitiva, consideramos que la condena a pagar alimentos y daños y perjuicios no implica una doble indemnización por la misma causa<sup>20</sup>.

En este sentido, el Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Buenos Aires en 1993, recomendó por unanimi-

<sup>18</sup> CCCom. de Morón, sala I, 11-10-90, “R. M. c/L. A.”, J. A. 1991-III-341.

<sup>19</sup> CNCiv., sala F, 21-5-93, “V. G. c/T. A.”, J. A. 1994-I-321.

<sup>20</sup> SUÁREZ, R., *Responsabilidad civil de cónyuge culpable de la separación personal y divorcio vincular*, en E. D. 139-269; FANZOLATO, Eduardo I., *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 31; MOSSET ITURRASPE, *Los daños emergentes del divorcio* cit.; fallo plenario de la CNCiv. del 20-9-94, E. D. 160-162, J. A. 1994-IV-549 y L. L. 1994-E-538; MAZZINGHI, Jorge, *El fallo plenario sobre daño moral en el divorcio*, en E. D. 162-960, IV; voto del Dr. Dupuis en fallo de la CNCiv., sala F, 30-10-92, J. A. 1993-II-27.

dad: “Frente a la violación del derecho subjetivo familiar que presupone el incumplimiento de la obligación alimentaria, no se logra un resarcimiento integral si no se considera la reparación del daño moral que deviene de tal inobservancia”<sup>21</sup>.

### 7. *La imposibilidad de distinguir los deberes del matrimonio de las obligaciones jurídicas en sentido estricto*

Sostiene Llambías que “la prestación constitutiva del objeto de ella debe tener un contenido económico. Si la prestación no fuese apreciable en dinero, el acreedor no tendría la obligación en su patrimonio, ni su patrimonio experimentaría daño alguno, por causa de su inejecución. Por lo tanto, si la obligación no tiene contenido patrimonial, no se trata de una obligación *stricto sensu*. Los deberes de fidelidad y de asistencia entre los esposos no constituyen, por lo tanto, obligaciones en sentido propio. No procede extender el concepto de obligación a deberes insusceptibles de apreciación pecuniaria, porque ello deforma la visión del deber extrapatrimonial cuando se proyecta para su infracción el sistema de sanciones de tipo resarcitorio propio del régimen de las obligaciones. Las causas que dan origen al divorcio no son consecuencias de la violación de obligaciones en sentido técnico sino de deberes jurídicos extrapatrimoniales, por lo cual no cabe aplicarles el sistema resarcitorio del Derecho Privado patrimonial, puesto que tal indiscriminación repugna a la naturaleza de las cosas”<sup>22</sup>.

(i) *La obligación de indemnizar el daño causado en el divorcio tiene contenido patrimonial y es, por tanto, una obligación en sentido jurídico.* Las obligaciones jurídicas derivadas del matrimonio se encuentran perfectamente determinadas por la ley y su carácter personal no justifica la posibilidad de dañar impunemente en el matrimonio.

<sup>21</sup> Conclusiones de congresos: Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños, Comisión Nº 1, “Derecho de Familia”, Buenos Aires, mayo de 1993, en *El Derecho Privado en la Argentina*, Segunda Parte, *Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos dos años*, p. 83.

<sup>22</sup> LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, *Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, Nº 21, 24 y 25, notas 25 y 31; DI LELLA, Pedro, *Derecho de Daños versus Derecho de Familia*, en J. L. 1992-D-862, III, cits. por FERRER, ob. cit., p. 26.

El deber de indemnizar el daño causado tiene un contenido patrimonial y es, por tanto, una obligación en sentido técnico<sup>23</sup>.

8. *La expresa recepción legislativa en los países donde se lo admite*

Se sostiene que en aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley.

Cabe contestar esta afirmación señalando que en Francia, que es uno de los países donde se admite legalmente la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, la reparación fue aceptada judicialmente con anterioridad a su recepción legislativa.

9. *La no influencia de la culpabilidad o inocencia en la división de bienes comunes*

En la reparación de perjuicios no se dividen bienes sino que se reparan daños, por lo que este argumento carece de deducción lógica, ya que, a nuestro juicio, nada tiene que ver que en el régimen de comunidad de bienes a la disolución de la sociedad conyugal éstos se partan por mitades sin tener en cuenta la inocencia o la culpabilidad, con la obligación de indemnizar los daños causados por el divorcio.

La división de bienes por mitades en el régimen de la ganancialidad parte de la presunción de que en el matrimonio las ganancias se construyen con el esfuerzo de ambos, mientras que la reparación de los perjuicios se origina en la idea de que existe un deber jurídico de no dañar a otro.

10. *El posible aumento de la litigiosidad contradictoria*

Un sector de la doctrina entiende que la necesidad de la determinación de la culpabilidad requiere de un proceso de divorcio contradictorio que es perjudicial para el núcleo familiar, pues agrava

<sup>23</sup> C1°CCom. de La Plata, sala II, 7-4-83, voto del Dr. Rezzónico, L. L. 1983-C-348 y E. D. 105-214; BARBERO, *Daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.; CNCiv., sala B, 21-9-92, voto del Dr. Posse Saguier, E. D. 151-403, cits. por FERRER, ob. cit., p. 41.

los 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 modernos métodos alternativos y técnicas multidisciplinarias<sup>24</sup>.

(i) *La obligación de reparar es un elemento a tener en cuenta en la conciliación.* Creemos que si las partes y los operadores del Derecho tienen clara conciencia de que producido un daño en el divorcio éste debe ser reparado, no existe ningún inconveniente para que éste sea un factor más dentro de las cuestiones a tener en cuenta en la etapa conciliadora, y que la conciliación no puede implicar dejar a la víctima sin reparación.

En el marco de los divorcios por presentación conjunta se puede perfectamente reparar a la víctima el daño sufrido mediante compensaciones en los convenios patrimoniales, y en la práctica de la profesión ello es absolutamente común.

(ii) *La intención de evitar el juicio contradictorio no justifica que a la víctima no se le repare el daño.* Teniendo en cuenta que la culpa como causal de divorcio sigue vigente en nuestro ordenamiento positivo, la circunstancia de admitir la reparación del daño injustamente causado no contribuye a la repotenciación de los juicios contradictorios; ello demuestra la jurisprudencia de nuestro país, donde los precedentes

<sup>24</sup> ZANNONI, Eduardo, *Contienda y divorcio*, en *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, N° 1, p. 9; ARÉCHAGA, P., *¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?*, en L. L. 1993-E-1149; ZABALA, L., *Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio*, en L. L. 1991-E-904, III; DI LELLA, *Derecho de Daños versus Derecho de Familia* cit.; GROSMAN, Cecilia, *La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos*, en *Los nuevos daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, ps. 408 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., *Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas*, en J. A. 1991-IV-580; los votos en disidencia en el fallo plenario de la CNCiv. del 20-9-94, E. D. 160-162, argumentan que la aplicación de la tesis permisiva provocaría una eventual "fuga" de los litigantes desde el divorcio remedio hacia el divorcio sanción, alentados por la posibilidad de cobrar una indemnización, contrariando la tendencia moderna hacia el divorcio culpabilizado, que se entiende más apto para la solución del conflicto conyugal.

juicios que contengan pretensión de reparación de daños y perjuicios derivados del divorcio son infinitamente menores a los casos de divorcios contradictorios<sup>25</sup>.

Consideramos que un cuadro ayudará a visualizar los fundamentos de la negativa a reparar los daños en el divorcio y sus críticas.

| RESPONSABILIDAD Y DIVORCIO                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1) La especialidad en el Derecho de Familia.                                                                                                                                                                                                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>* El derecho de familia no se basta a sí mismo.</li> <li>* No impide la aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad.</li> <li>* Es parte integrante del Derecho Civil.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                           |
| 2) El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos aun pecuniarios de dicha organización.                                                         | <ul style="list-style-type: none"> <li>* El rango superior del principio jurídico elemental de no dañar por sobre el respeto a la jerarquía familiar.</li> <li>* El respeto a la vida y a la integridad física y psíquica de jerarquía constitucional y supranacional.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                           |
| 3) La ausencia de una norma similar al artículo 228 del Código Civil.                                                                                                                                                                              | <ul style="list-style-type: none"> <li>* Innecesariedad de su dictado por el principio expreso del artículo 16 del Código Civil.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 4) El hecho de que el legislador en tres leyes dictadas a lo largo de cien años haya previsto los efectos del divorcio en caso de culpabilidad y no haya previsto la reparación de daños, y sí lo haya hecho en el caso de nulidad del matrimonio. | <ul style="list-style-type: none"> <li>* La responsabilidad por daños no es un efecto del divorcio.</li> <li>* Se da sólo si se dan los elementos de la responsabilidad.</li> <li>* Es por ello que el legislador no la previó como efecto del divorcio.</li> <li>* En el caso de las nulidades si era necesario su remisión, porque el régimen de nulidades es <i>especial</i>, se basta a sí mismo y no se admite la aplicación de la teoría de la nulidad general del Código.</li> </ul> |

<sup>25</sup> RIVERA, Julio César, *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio*, en J. A. 1994-IV-576. En general, sobre la vigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil y principio general de derecho, véase BREBBIA, R., *Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el Derecho positivo argentino*, en L. L. 1990-B-1074.

| RESPONSABILIDAD Y DIVORCIO                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5) La circunstancia de que en la última ley de matrimonio y divorcio se hayan previsto -en la prestación alimentaria regulada como efecto del divorcio- aspectos que son propios de las prestaciones compensatorias. | <ul style="list-style-type: none"> <li>* Las prestaciones alimentarias son asistenciales.</li> <li>* La reparación del daño no es sancionatoria, es reparadora.</li> <li>* Los alimentos, en principio, sólo se dan al cónyuge inocente. La indemnización por daños puede darse al cónyuge culpable.</li> <li>* Las legislaciones que admiten las prestaciones compensatorias, como la francesa, también admiten la reparación de daños. Por lo cual, de seguirse el modelo francés, el cobrar alimentos no impide la reparación de daños.</li> </ul> |
| 6) El hecho de que sean distinguibles los deberes personales derivados del matrimonio de las obligaciones jurídicas en sentido estricto.                                                                             | <ul style="list-style-type: none"> <li>* El deber jurídico de no dañar no es excusable en el matrimonio.</li> <li>* El daño causado voluntariamente no puede quedar impune por haberse realizado durante el matrimonio.</li> <li>* No debe convertirse la institución matrimonial en sitio donde se hiciera con gratuidad.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                 |
| 7) El hecho de que en los países donde se aceptó la responsabilidad haya sido por decisión expresa y no analógica del legislador.                                                                                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>* En Francia y en Alemania se receptó jurisprudencialmente la indemnización por daños sin la existencia de ley.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 8) El hecho de que el legislador para dividir bienes por mitades haya prescindido de la culpa o inocencia.                                                                                                           | <ul style="list-style-type: none"> <li>* No se trata de dividir bienes sino de reparar daños.</li> <li>* Pero aun en la división de bienes se tiene en cuenta, algunas veces, la culpa (art. 1306, último párrafo).</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

### III. Conclusiones de jornadas y congresos

El tema de la responsabilidad por daños en el Derecho de Familia ha sido abordado por diversas jornadas y congresos argentinos. Por la trascendencia de estos eventos a continuación transcribiremos sus conclusiones.

1. *Primeras Jornadas Australes de Derecho,*  
*Comodoro Rivadavia, 1980*

*“Tema C: Responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Daños y perjuicios derivados del divorcio*

”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 los 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 perjuicios en el caso de que los cónyuges hayan requerido el divorcio por el procedimiento del artículo 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil, aun cuando se admitiere la atribución de culpa unilateral”<sup>26</sup>.

2. *Segundas Jornadas Provinciales de Derecho*  
*Civil de Mercedes, junio de 1983*

*“Tema V: Resarcimiento de los daños y perjuicios en el divorcio*

”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 de divorcio en sí, como de los perjuicios que acredite en virtud de la disolución anticipada del matrimonio si así se demandare”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Jornadas Australes de Derecho “Responsabilidad civil”, Comodoro Rivadavia, 1980, en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, p. 225.

<sup>27</sup> Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes, 1981, en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, p. 140.

3. *Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje a Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990*

“*Tema: Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio*”

”– Son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio o la separación personal, de los daños causados por el divorcio en sí mismo o la separación personal.

”– Son reparables tanto los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio o la separación personal, como los daños causados por el divorcio o la separación personal en sí mismos.

”– La reparación de los daños y perjuicios referidos en el punto anterior exige: 1) contrariedad de la conducta del cónyuge culpable con las obligaciones que nacen del ordenamiento; 2) atribución de culpa o dolo; 3) daño; 4) relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

”– Son reparables tanto los daños materiales como morales.

”– No es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria.

”– No es indemnizable la pérdida de la chance matrimonial.

”– Es indemnizable el daño causado por la disolución anticipada de la sociedad conyugal.

”– El deber de reparar se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual.

”– La acción de daños y perjuicios es autónoma e independiente de la de divorcio o condicionada a su ejercicio, según se trate de hechos ilícitos genéricos (injurias, instigación al delito y tentativa) o de hechos ilícitos específicos (adulterio y abandono) respectivamente.

”– Legitimación: no está legitimado el cónyuge culpable de la separación personal por los hechos posteriores del cónyuge inocente en la misma.

”– Prescripción y caducidad: la acción prescribe a los dos años computados desde que la sentencia de divorcio pasa en autoridad de cosa juzgada.

”– No se aplica el artículo 3969 del Código Civil a estas acciones”<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Jornadas de Responsabilidad por Daños, en homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990, en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, ps. 291 y ss.

4. *Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990*

“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.

”Son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio o la separación personal, de los daños causados por el divorcio en sí mismo o la separación personal”<sup>29</sup>.

#### IV. Extensión del deber de reparación

La cuestión radica en determinar cuál es la extensión a dar a la reparación del daño extrapatrimonial en el divorcio; ello es, si se deben indemnizar:

- a) El daño consecuencia del hecho que lo determinó.
- b) El daño ocasionado por el divorcio en sí.

El tema ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria y jurisprudencial en Francia, donde después de la reforma de la ley del 11 de julio de 1975 se admite la reparación amplia<sup>30</sup>.

1. *El daño extrapatrimonial consecuencia del hecho generador del divorcio*

Parece indiscutible que se debe indemnizar el daño extrapatrimonial generado por la conducta antijurídica que originó el divorcio, lo que Cifuentes denomina la conducta productora del divorcio<sup>31</sup>.

Por eso, en diversas legislaciones que admiten expresamente la indemnización de los daños causados por el divorcio se alude a los

<sup>29</sup> Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, ps. 299/300.

<sup>30</sup> MAZEAUD, Henri, Léon y Jean y CHABAS, François, *Leçons de Droit Civil. La famille*, Monstchrestien, Paris, 1995, p. 777.

<sup>31</sup> CIFUENTES, Santos, *El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial*, en L. L. 1990-B-805.

*hechos que causen un grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente* (art. 151, Cód. Civ. suízo) *o que comprometan gravemente su legítimo interés personal* (art. 351, Cód. Civ. peruano de 1984) *o que le han infligido una grave ofensa* (art. 1453, Cód. Civ. griego)<sup>32</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que “si la cuestión traída a la Alzada está limitada a la resarcibilidad de los daños morales conectados con los hechos que desencadenaron el divorcio, mas no con las secuelas de tal divorcio, pierde trascendencia el reparar para el éxito del reclamo que se plantea –en la especie– con sustento en que la legislación sobre el matrimonio civil nunca previó en materia de efectos del divorcio la indemnización de daños. Como no se trata de un efecto resarcitorio del divorcio, sino de una indemnización por los actos ilícitos que lo determinaron, la ausencia de normas particulares en materia de divorcio no puede 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 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 (arts. 1077, 1109, 1078 y concs., Cód. Civ.)”<sup>33</sup>.

## 2. *El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí*

La cuestión reside en determinar también si se debe reparar el daño extrapatrimonial que ocasiona en sí mismo el divorcio, es decir si la angustia, el sufrimiento, el dolor que padece el inocente a consecuencia del divorcio deben ser indemnizados.

Cabe señalar que las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges. En este sentido se ha dicho que la declaración del divorcio frustra todo un proyecto de vida sustentado en el matrimonio y en la familia unida; el sujeto pierde la compañía y asistencia espiritual del cónyuge, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente

<sup>32</sup> ZANNONI, *Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.

<sup>33</sup> CNCiv., sala C, 17-5-88, “L. de P., M. S. c/P., J. C. D.”, J. A. 1988-III-376.

es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa<sup>34</sup>.

Un importante sector de la doctrina considera que estos daños no pueden ser indemnizados, ya que “considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños extrapatrimoniales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario pasa por alto no sólo ya la naturaleza especialísima de las relaciones de familia en general, y de las matrimoniales en particular, sino primordialmente, una circunstancia relevante y computable, que la mayor parte de la doctrina tiende a valorar que es que el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial”.

El divorcio, en suma, se impone por la fuerza de los hechos (algo así como por imperio del *res ipsa loquitur*), a causa de una situación de conflicto o de fracaso de la unión matrimonial. Es más un remedio –aun en estos casos–, aunque sea doloroso, que una situación dañosa. Porque el daño extrapatrimonial, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable, y que, probadas, el juez valora y juzga (por mucho que la valoración se haga relativamente en un recorte artificioso de la realidad existencial total que han vivido los cónyuges) como “causa” de divorcio. Pero de un modo u otro la pretensión del que finalmente es considerado inocente presupone, necesariamente, la convicción de que es menos dañoso separarse o divorciarse que continuar una convivencia tormentosa o extrapatrimonialmente insostenible<sup>35</sup>.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que “la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre los daños originados por los hechos constitutivos de las causales de divorcio y los daños y perjuicios derivados del divorcio”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> FERRER, Francisco, *La prueba del daño en el divorcio culpable*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 5, *La prueba del daño - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 215.

<sup>35</sup> ZANNONI, *Repensando el tema de los daños y perjuicios...* cit.

<sup>36</sup> CCCom. de Mar del Plata, sala II, 8-4-97, “Valentini, Luis c/Pérez, Olga s/Daños y perjuicios”, BA B1401954.

### 3. *La solución del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998*

El Proyecto de Código Civil de 1998 establece en su artículo 525: “*Daños*. Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y extrapatrimoniales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo 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”.

El Proyecto ha seguido el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 10 de diciembre de 1994 que aprobó como doctrina legal obligatoria para los tribunales nacionales: “en nuestro Derecho positivo es susceptible de reparación el daño extrapatrimonial ocasionado por el cónyuge culpable”<sup>37</sup>.

Creemos que el artículo antes transcripto acepta el criterio amplio que admite el resarcimiento de los daños, tanto por los hechos que dieron lugar al divorcio como por la situación originada por el divorcio<sup>38</sup>.

El Proyecto sigue en esto al Código francés, que en su artículo 266 recepta el criterio amplio que dice que “cuando el divorcio es declarado por culpa exclusiva de uno de los esposos el otro puede ser condenado a reparar los daños e intereses materiales o extrapatrimoniales que la disolución del matrimonio le ha hecho sufrir a su cónyuge. Este último no puede demandar los daños e intereses que le ha ocasionado la acción del divorcio”.

En el Derecho francés, a consecuencia de la amplitud de la fórmula contenida en el artículo antes transcripto, se puede demandar la indemnización del daño extrapatrimonial, resultado de la disolución del matrimonio provocado por las condiciones de abandono y de soledad que sufre el divorciado inocente después de una larga vida en común<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> J. A. 1994-IV-549, E. D. 160-162 y L. L. 1994-E-538.

<sup>38</sup> FERRER, *La prueba del daño en el divorcio culpable* cit., p. 218.

<sup>39</sup> Jurisprudencia General Dalloz, contenida en el Código Civil de Dalloz, 1986, p. 184, comentario al art. 266.

En nuestro país, si bien la doctrina acepta que la reparación debe comprender los daños y perjuicios derivados de la separación, lo cierto es que un análisis de una jurisprudencia nos permite afirmar que los daños que siempre se han condenado a indemnizar son los provocados por las causales de divorcio y no por el divorcio en sí. Por ello pensamos que la promulgación o que la sanción del Proyecto del Código Civil en este aspecto no alterará en nada la jurisprudencia vigente en nuestros tribunales.

En verdad conocemos un solo precedente en el que se hizo lugar a la indemnización por los perjuicios derivados de la separación personal o del divorcio en sí, en el que se tuvo en cuenta que el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa<sup>40</sup>.

## **V. Presupuestos de la obligación de indemnizar**

### **1. *Carácter de la responsabilidad***

Nuestro sistema jurídico admite un régimen dual de responsabilidad: la contractual y la extracontractual, cuyos efectos y características son diferentes, sobre todo en lo relativo al plazo de prescripción.

La mayoría de la doctrina nacional se inclina, en la actualidad, por unificar el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual<sup>41</sup>, pero en el régimen vigente siguen subsistiendo diferencias que justifican la determinación del carácter de la responsabilidad que deriva

<sup>40</sup> CNCiv., sala F, 21-5-93, L. L. 1995-B-334 y J. A. 1994-I-321.

<sup>41</sup> CASIELLO, J. J., *Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil*, en L. L. 1989-B-911; ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Temas de responsabilidad civil*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 11 y ss.; ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, Cap. II; GOLDENBERG, *Indemnización por daños y perjuicios* cit., ps. 103 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 94 y ss., cñs. por FERRER, *Daños resarcibles en el divorcio* cit., p. 57.

del divorcio para poder establecer, entre otras cuestiones, cuál va a ser el plazo de prescripción de la acción.

### A) *Responsabilidad contractual*

En doctrina, la doctora Elena Highton ha sostenido que la responsabilidad de los hechos derivados del divorcio es de contenido contractual diciendo que: "Pese a que la doctrina nacional, en líneas generales, considera que la aplicación de la responsabilidad extracontractual es procedente en el caso en análisis, pienso que el tema requiere una respuesta que tenga en cuenta el fundamento y orígenes de la clasificación"<sup>42</sup>.

"En este caso considero que son aplicables las normas de responsabilidad contractual, pues ellas corresponden no sólo cuando ha habido contrato entre las partes sino también, en principio, en todos los casos en que hay obligación preexistente nacida de un acto lícito. No necesariamente debe ser ésta contractual, pudiendo haber una obligación legal, como en el caso.

"No puede compararse ni debe confundirse la genérica obligación de no dañar a otros o ruptura del deber genérico de no dañar a los semejantes, en la que no existe obligación previa —en cuyo caso es indiferente que la víctima sea el cónyuge pues tampoco se lo puede hacer víctima de aquello que no es dable hacerle a los demás— y cuya violación da lugar a la apertura de la responsabilidad aquiliana (naciendo recién allí una obligación de reparar), constitutiva de la responsabilidad por hechos ilícitos, con el incumplimiento de la obligación específica de no dañar al cónyuge que es acreedor de diversas prestaciones apropiadas a las circunstancias, o sea de una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente, cuyo incumplimiento da lugar a la apertura de la responsabilidad llamada contractual. Hay un vínculo obligacional previo en el matrimonio, y cualquiera que sea la fuente de éste, no será un delito ni un cuasidelito, únicos casos en que se aplica la responsabilidad aquiliana. Aclaro: el incumplimiento a los deberes puede generar un ilícito o constituir un ilícito, pero las obli-

<sup>42</sup> HIGHTON, Elena, *Responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual?*, en J. A. 1983-III-659.

gaciones de fidelidad, de cohabitación, de alimentos, etcétera, nacen de fuente lícita; por ello, el incumplimiento de estas obligaciones da cabida a una responsabilidad contractual.

”Entiendo así que en el supuesto de responsabilidad conyugal son aplicables las normas de responsabilidad ordinaria, llamada contractual, cuando hay una obligación preexistente que el cónyuge incumple. No puede identificarse el genérico deber de no dañar a otros con la obligación específica de no dañar al cónyuge que está integrado en una relación y es acreedor de prestaciones consistentes en conductas apropiadas a las circunstancias”<sup>43</sup>.

### B) *Responsabilidad extracontractual*

La mayoría de la doctrina nacional considera que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio es de carácter extracontractual, porque se viola el deber genérico de no dañar a otro o *neminem laedere*, y por otra parte cuadra señalar que las obligaciones matrimoniales son obligaciones legales, no son obligaciones libremente convenidas por las partes, por lo tanto resulta imposible la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual.

En principio, la responsabilidad será siempre extracontractual, aun cuando se reclame la indemnización por la disolución anticipada de la sociedad conyugal, o por mala administración del cónyuge administrador de los gananciales, puesto que el régimen patrimonial del matrimonio no surge de un acuerdo de voluntades sino por imposición de la ley, se disuelve en los casos en que la ley lo dispone, etcétera. Por lo tanto, ni aun en estos aspectos la responsabilidad deriva de un contrato<sup>44</sup>.

Existe un precedente en nuestro Derecho en el que se condenó a reparar los perjuicios sufridos por un cónyuge por el incumplimiento del otro del convenio de liquidación de la sociedad conyugal.

Además, cabe recordar que “la responsabilidad extracontractual es

<sup>43</sup> CNCiv., en pleno, 20-9-94, “G., G. c/B. de G.”, voto de la Dra. Elena Highton, L. L. 1994-E-553.

<sup>44</sup> BARBERO, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, cit. por FERRER, ob. cit., p. 57.

más favorable para la víctima, particularmente desde el punto de vista de la extensión del resarcimiento. De allí que no resulte conveniente alargar excesivamente el ámbito de la responsabilidad contractual, incluyendo dentro del mismo supuestos que razonablemente deberían tener cabida en el ámbito aquiliano<sup>45</sup>.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala C, hizo lugar a la indemnización por daño moral, denegada por el inferior, en la ejecución de un convenio de liquidación de una sociedad conyugal, homologado en el juicio de divorcio seguido entre las mismas partes, en el que se reclamaron los daños producidos por el incumplimiento. Para ello sostuvo que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada en el caso de una liquidación de sociedad conyugal, en la que la compensación a que se comprometió el marido no fue cumplida oportunamente por éste y cuando la esposa le reclamó, en lugar de satisfacer plenamente la prestación a la que se había obligado, bajo la apariencia de querer cumplir, proponía soluciones inadecuadas –por la insuficiencia o por la vía equivocada elegida– que únicamente sirvieron para demorar el cumplimiento; situación que se agravó por la circunstancia de que el departamento previsto en el convenio incumplido iba a ser destinado para la vivienda de la actora y del hijo de las partes. Asimismo, se aclaró que el estado depresivo (alegado por la esposa) en sí mismo no se identifica con el daño moral, pues aquél configura más bien un daño psíquico, por lo que la falta de prueba eficaz sobre el punto no influye en la procedencia por el daño que afecta el ánimo de la perjudicada con el incumplimiento por parte del marido<sup>46</sup>.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina por admitir el carácter extracontractual de la responsabilidad: “en la acción de daños derivados de los hechos que han dado lugar al divorcio se aplican las normas de responsabilidad extracontractual (arts. 901, 1066 y 1109 del Cód. Civ.)”<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, t. 2, *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

<sup>46</sup> CNCiv., sala C, 30-5-94, E. D. 159-702. Reseñado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 20, *Seguros – II*, 1999, sec. *Familia*.

<sup>47</sup> CCCom. de Mar del Plata, sala II, 8-4-97, “Valentini, Luis c/Pérez, Olga s/Daños y perjuicios”, BA B1401951, entre muchos.

## 2. Antijuridicidad

Ninguna duda cabe de que los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones antijurídicas, ya que constituyen violaciones a deberes jurídicos legalmente establecidos y libremente asumidos.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que “desde la óptica que nos brinda el principio general que en materia de responsabilidad extracontractual expresa el artículo 1109 del Código Civil y a la luz, además, de los artículos 1066, 1067, 1072, 1075, 1077 y 1078 del Código Civil, las violaciones a los deberes emergentes del matrimonio que dan su causa al divorcio –según la taxativa enumeración del artículo 67, ley 2393– configuran hechos ilícitos, que si provocan daños patrimoniales o extrapatrimoniales al cónyuge inocente generan la obligación de su reparación que alcanza a los daños provocados ya por los hechos constitutivos de las causales, ya por el divorcio mismo”<sup>48</sup>.

Cabe recordar que el artículo 1074 del Código Civil dispone que “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

Además el ordenamiento jurídico argentino ha aceptado como principio del derecho el *alterum non lædere*, que prohíbe dañar a otro sin justa causa y la Corte de Justicia de la Nación le ha asignado a este principio jerarquía constitucional<sup>49</sup>.

Cada una de las causas de separación establecidas en los artículos 202 y 214 del Código Civil constituyen hechos jurídicos ilícitos, porque importan la violación de deberes legales fijados, en particular, por el régimen matrimonial (arts. 198 y 199 del Cód. Civ.) y, en general, por el ordenamiento jurídico, que presume antijurídico todo acto u

<sup>48</sup> C1°CCom. de La Plata, sala III, 14-7-83, “M. de C., M. A. c/C., A. C.”, J. A. 1984-II-368.

<sup>49</sup> CSJN, 5-8-86, “Santa Coloma, Luis F. y otro c/Ferrocarriles Argentinos”, J. A. 1986-IV-624.

omisión que cause un daño a otro sin que medie causa de justificación (arts. 1066, 907, 1109, 1113 y 1071 del Cód. Civ.).

En este sentido la jurisprudencia ha dicho: “Con respecto a los daños y perjuicios en el juicio de divorcio la cuestión visceral radica en que el comportamiento de cada uno no perjudique a los demás —o sea, el *alterum non lædere* del difundido brocárdico de Ulpiano, subyacente en el primer elemento material u objetivo de la responsabilidad civil, que es la antijuridicidad—, pero de ello no ha de seguirse que en todos los casos el cónyuge culpable, por el solo hecho de ser tal, quede automática e inexcusablemente obligado a compensar en dinero al inocente”<sup>50</sup>.

Pero no es antijurídico el pedir el divorcio o la separación personal por una causal objetiva, legal, ni tampoco es antijurídico pedir la conversión de la separación personal en divorcio vincular. Ello por cuanto se está frente al ejercicio de un derecho, que además es irrenunciable<sup>51</sup>.

### 3. *Relación de causalidad*

La relación de causalidad cumple una doble función como presupuesto de la responsabilidad.

En un primer momento, aparece vinculada directamente a la conducta dañosa, que en alguna medida integra. Es que la autoría no puede concebirse —en Derecho Civil— aislada del daño, el que ha de haber sido causado, como decíamos, por esa conducta. Hay, pues, un punto de contacto entre la conducta y el daño que permite atribuir la autoría.

En el segundo momento, la relación de causalidad permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son atribuibles a su conducta antijurídica.

En esta segunda función, no cabe duda de que la relación de cau-

<sup>50</sup> C1°CCom. de La Plata, sala I, 7-4-94, “V. de S., O. S. c/S., J. A. s/Divorcio vincular y daños y perjuicios”, BA B100437.

<sup>51</sup> MÉNDEZ COSTA, ob. cit., p. 644.

salidad constituye un presupuesto autónomo de la responsabilidad, como lo propugna la mayor parte de la doctrina nacional<sup>52</sup>.

Cabe, entonces, analizar cómo el Derecho Civil atribuye al autor de una conducta antijurídica imputable relacionada con el divorcio las consecuencias de esa conducta.

En este punto resulta capital la noción de causalidad adecuada que propone que el juez se retrotraiga mentalmente al momento de la acción para formular allí el juicio acerca de la idoneidad o no de la acción del cónyuge culpable para producir el daño que reclama el inocente.

El juicio se hace, entonces, en abstracto y consiste en un juicio de probabilidad: causa del daño del divorcio es únicamente la condición que normalmente, según el curso ordinario y natural de las cosas, es idónea para producir el resultado dañoso.

Esto implica que no basta establecer que la acción era, en general, idónea para producir el daño sino que también es necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido normalmente, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios.

Cuando el proceso intermediario está incidido por factores anómalos o intermediarios o extraordinarios se produce la denominada interrupción del nexo causal o proceso causal atípico o inadecuado.

La interrupción del nexo causal excluye la responsabilidad del cónyuge; por regla general interrumpen la relación causal el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el que no se debe responder.

Nuestra jurisprudencia encuentra precedentes en los que, a nuestro juicio, ha existido interrupción del nexo causal por circunstancias intermedias.

Así, la sala A de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal ha dicho que "Aun cuando la conducta del marido haya sido injuriosa, si los actos desdorosos por él cometidos se llevaron a cabo después de la separación de hecho, de modo que no afrontaron públicamente

---

<sup>52</sup> RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 494.

a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales, no corresponde establecer una reparación por daño moral”<sup>53</sup>.

Mientras que la sala E de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal ha sostenido que “Para que exista daño moral que genere una reparación, no basta que exista disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción, sino que se requiere que posea determinada envergadura, que tenga prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales. De ahí que no procede la reparación si el accionar no ha sido abiertamente ostentoso o agravante, mostrándose en actitudes francamente indecorosas. Y si la propia cónyuge reconoce su responsabilidad en el fracaso matrimonial, lo que bien pudo contribuir –aun cuando no justificar– a las actitudes que se estimaron injuriosas de parte del marido, el pedido es improcedente”<sup>54</sup>.

#### 4. *Factor de atribución*

Los daños y perjuicios producidos por el divorcio sólo pueden pretenderse en los casos de divorcio con atribución de culpa<sup>55</sup> y no en aquellos donde no hay atribución de culpa ni en los que devienen de una presentación conjunta.

Ello porque el factor de atribución debe ser necesariamente el dolo o la culpa y, en principio, no puede hablarse de causal de atribución en los divorcios por causales objetivas.

##### A) *La culpa grave como factor de atribución*

En doctrina fue Cifuentes quien primero puso el acento en la gravedad de la culpa para ser factor de atribución. Señala el citado tratadista que sólo correspondía hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios derivados del divorcio cuando los hechos que llevaron al

<sup>53</sup> “P., L. M. c/R., H. R. s/Divorcio” (sent. def., CNCiv., sala A, N° de recurso A224667, 25-9-97, vocal preopinante: Escuti Pizarro). Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999, reg. lóg. N° 10703. Procurator - Copyright © Albremática - 1999.

<sup>54</sup> “C., V. A. N. c/M., M. I. L. s/Divorcio” (sent. def., CNCiv., sala E, N° de recurso E173615, 15-9-95, vocal preopinante: Calatayud). Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999, reg. lóg. N° 13184. Procurator - Copyright © Albremática - 1999.

<sup>55</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Divorcio y responsabilidad civil* cit.

mismo tenían una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, provocaban una lesión al bien extrapatrimonial que debía ser compensada con carácter autónomo. Por ejemplo el insulto en público con un verdadero escándalo, endilgando conductas muy bajas; el adulterio desembozado, que produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves; la gravedad de los hechos se penetra en el régimen matrimonial, por un lado con el divorcio como punto final.

Entiende Cifuentes que para hacer lugar a la reparación el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras<sup>56</sup>.

Esta posición es seguida por Catalayud en el plenario de la Cámara Civil de la Capital, quien dice: “no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra es menester requerir una fuerza dañadora muy punzante, una trascendencia de la ofensa fuera de lo común. Así, por ejemplo, será materia de reparación el daño extrapatrimonial a favor del esposo o esposa que ha sufrido la violación del deber del otro, la actitud de éste de haberse mostrado desembozadamente con una persona del sexo opuesto y en actitudes francamente indecorosas, impropias de una persona casada, mas no la de aquel que aun violando el deber de fidelidad, lo hizo en el recato propio de la intimidad, más allá de que pudiera haber sido sorprendido in fraganti por una de esas cosas que tiene el destino”<sup>57</sup>.

#### *B) El concepto y la finalidad de la culpa grave en las relaciones de familia*

La división tripartita de la culpa –grave, leve, levisima– surge con la obra de los glosadores. La culpa grave se caracterizaba “por la negligencia grosera en el cumplimiento de la obligación, la culpa de

<sup>56</sup> CIFUENTES, *El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial* cit.

<sup>57</sup> Del voto del Dr. Calatayud en L. L. 1994-E-552.

quien no había previsto lo que era previsible para el hombre menos atento o cuidadoso; la leve, la que no habría cometido un buen diligente padre de familia; la levisima consistente en no haber tenido el cuidado de un diligentísimo padre de familia”<sup>58</sup>.

Consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes.

“La entronización de la culpa grave como presupuesto de atribución implica dejar dentro del ámbito de la neutralidad jurídica a un importante número de omisiones, inadvertencias e incumplimientos de deberes que serán insuficientes para producir el efecto de atribución de la responsabilidad”<sup>59</sup>.

Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad.

“Debe reconocerse también que la introducción de la gradación de culpas no resuelve, por sí sola, el problema de la determinación, en el caso concreto, de cuándo se está ante un supuesto de *culpa grave*. En la evaluación de un hecho determinado, volverán a jugar los ingredientes subjetivos del juzgador, dando lugar a la diversidad de opiniones, obteniéndose una mayor uniformidad a medida que se va hacia los casos extremos y produciéndose, en cambio, inevitables divergencias en los supuestos que se sitúan en las fronteras entre las culpas *leves* y las *graves*”<sup>60</sup>.

### C) *La culpa grave siempre existió en las relaciones de familia*

Cabe señalar que si bien el ordenamiento general de Derecho Civil no acepta la diferencia entre culpa grave y leve en general, sí la aceptó siempre en el ámbito del Derecho de Familia, con ello el Proyecto de

<sup>58</sup> ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970, p. 125.

<sup>59</sup> BARBATO, Nicolás Héctor, *Culpa grave. Derecho Civil y Derecho de Seguros*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 19, Seguros - I, 1998, p. 176.

<sup>60</sup> BARBATO, *Culpa grave...* cit., p. 187.

Código Civil no hace sino continuar la tradición argentina en materia de Derecho de Familia.

En el Código de Vélez una de las pocas manifestaciones de la culpa grave estaba contenida en la órbita del Derecho de Familia, concretamente en el artículo 461 del Código Civil que dice “Contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, o que sea convencido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podían producir”.

Por otra parte, siempre se tuvo en cuenta la *gravedad* de la injuria como causal de divorcio. Actualmente, el artículo 202, inciso 4º, del Código Civil también establece que las injurias sean graves para ser causal de divorcio.

En el régimen del Proyecto de 1998 las causas de separación judicial están contempladas en el artículo 514 que dice: “*Causas que implican culpa*. Son causa de separación judicial los hechos de uno de los cónyuges que constituyan una violación *grave* o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común”.

Advertimos una gran coherencia en el Proyecto propuesto, porque para ser causa de divorcio debe existir culpa grave en el actuar del ofensor y para dar lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio también debe existir culpa grave. Evidentemente, la conducta levemente culpable no es causal de divorcio ni tampoco es un factor de atribución de la responsabilidad civil. Por ejemplo, las desavenencias simples cometidas con culpa leve no serán causa de divorcio ni tampoco permitirán dar lugar a la responsabilidad por el daño extrapatrimonial que éstas causen.

#### D) *El dolo*

Hay quienes sostienen que el factor de atribución de responsabilidad es sólo el dolo; en este sentido aclara Mosset Iturraspe que las causas que llevan al divorcio “son comportamientos queridos por su autor, son estrictamente hechos dolosos y no culposos; son acciones

u omisiones que persiguen un resultado, a sabiendas y con intención. Quien viola los deberes conyugales –agrega– lo hace queriendo, quiere el hecho injurioso”<sup>61</sup>.

Coincidimos con Ferrer en que nos parece más aceptada la tesis amplia que admite el dolo o la culpa como factores subjetivos de atribución de responsabilidad. Si bien, por lo general, los hechos que motivan la separación o el divorcio constituyen un daño intencionado contra el otro cónyuge, puede ocurrir que no sea así. Tal es el caso de injurias graves cometidas sin ánimo de ofender, es decir, los hechos no cometidos con el propósito de injuriar al cónyuge pero que implican falencias de conducta de las que se tiene o debería tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales y que se traducen en motivos de humillación o agravio para el otro cónyuge<sup>62</sup>.

#### E) *El divorcio sin atribución de culpa*

¿Puede pretenderse la reparación en los supuestos del artículo 202<sup>63</sup> y en los casos del 204 *in fine* cuando se prueba que alguno de los cónyuges no haya dado causa a la separación?

Ningún problema existe en el caso de divorcio por culpa de uno solo de los cónyuges; el problema se dificulta cuando el divorcio es por culpa de ambos o sin atribución de culpa.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que “no corresponde intentar una acción de daños y perjuicios por quien resulta inocente en un juicio de divorcio contradictorio. El divorcio en sí mismo no puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios”<sup>64</sup>.

#### F) *El divorcio por culpa de ambos cónyuges*

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que la

<sup>61</sup> MOSSET ITURRASPE, *Los daños emergentes del divorcio* cit.; en igual sentido, CECHINI y SAUX, *Daño entre cónyuges*, Zeus, Rosario, 1994, p. 78.

<sup>62</sup> FERRER, ob. cit., p. 60.

<sup>63</sup> ZANNONI, Eduardo, *Régimen de matrimonio civil y divorcio ley 23.515*, Buenos Aires, 1987, p. 643.

<sup>64</sup> CCom. de Mar del Plata, sala II, 8-4-97, “Valentini, Luis c/Pérez, Olga s/Daños y perjuicios”, BA B1401955.

reparación por daños no se puede otorgar cuando el divorcio se ha decretado por culpa de ambos cónyuges. En tal sentido se ha afirmado: “La legitimación para solicitar la reparación del daño moral ocasionado como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, la posee solamente el cónyuge que no dio causa al divorcio, es decir el inocente. De allí que, al tratarse de un supuesto de culpa de ambas partes, tal reparación no puede tener cabida”<sup>65</sup>.

En igual sentido, la sala J de la Cámara Nacional Civil, con voto de la doctora Wilde, ha resuelto: “Decretado el divorcio por culpa de ambos esposos, se trata de una consecuencia de los hechos que surgieron de la interpelación de ambos. Luego, al no ser el peticionante del resarcimiento por daño moral un cónyuge inocente sino, por el contrario, un copartícipe responsable de los hechos constitutivos de las causales del divorcio, la indemnización debe rechazarse”<sup>66</sup>.

Los sostenedores de esta postura se basan en la idea de que las culpas se compensan o se anulan recíprocamente.

Por nuestra parte, pensamos que la culpa de ambos cónyuges no neutraliza la responsabilidad, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro<sup>67</sup>.

La postura de quienes sostienen la compensación de culpa nos parece injusta, ya que si un cónyuge es culpable del divorcio por lesionar al otro, por ejemplo le produce la pérdida de un ojo a causa de un golpe, mientras que el otro esposo es culpable por injurias, no parece adecuado que el tuerto deba quedar sin indemnizar el daño que ha sufrido en su integridad física porque sea culpable de haber injuriado al otro cónyuge.

Si los hechos en que incurrn los cónyuges son diferentes, darán

<sup>65</sup> “D. N., G. S. c/F., E. D. s/Divorcio” (sent. def., CNCiv., sala H, N° de recurso H201981, 16-7-97, vocal preopinante: Gatzke Reinoso de Gauna). Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999, reg. lóg. N° 10704. Procurator - Copyright © Albremática - 1999.

<sup>66</sup> “S. de S. R., M. A. c/S. R., J. R. s/Divorcio” (sent. def., CNCiv., sala J, N° de recurso J033064, 12-9-97, vocal preopinante: Wilde). Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999, reg. lóg. N° 10705. Procurator - Copyright © Albremática - 1999.

<sup>67</sup> Sostienen esta opinión BARBERO, *Daños y perjuicios derivados del divorcio* cit.; DUTTO, Ricardo, *Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio*, en Zeus 53-167, sec. doct.; BELLUSCIO, *Derecho de Familia* cit., N° 892; MAKIANICH DE BASSET, *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños...* cit.

origen a la obligación de resarcir<sup>68</sup>. Pero en este caso sólo se indemnizarán los hechos que originan el divorcio pero no el daño producido por el divorcio en sí, porque aun cuando el otro cónyuge fuera inocente, el divorcio lo mismo se habría producido y a nadie le está permitido reclamar en base a su propia culpa (art. 1111 del Cód. Civ.)<sup>69</sup>.

La Cámara Civil y Comercial de San Isidro, sala I, ha sostenido, en posición que no compartimos, que "La inocencia es condición sine qua non para reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por la violación de los deberes matrimoniales. Siendo ambos cónyuges culpables del desquiciamiento matrimonial, la indemnización pretendida por la cónyuge, también culpable, no es procedente, y no existiendo compensación de injurias en el divorcio, no es posible graduar la indemnización según el grado de culpabilidad sino que debe rechazarse la pretensión indemnizatoria"<sup>70</sup>.

a) *Culpa de ambos cónyuges pero originarias en un mismo hecho*

En el caso de que el divorcio se produzca por culpa de ambos cónyuges pero originarias en un mismo hecho, como por ejemplo la riña, se aplican las reglas de concurrencia de culpa, pues se trata de un hecho ilícito común<sup>71</sup>.

b) *Separación personal sin voluntad de unirse (art. 204)*

En principio, el divorcio peticionado por la causal del artículo 204 no da derecho a responsabilidad porque la causa es una situación objetiva y no se examina la culpabilidad, pero si se prueba la culpabilidad en la separación o si se reconviene por cualquiera de las causales del artículo 202<sup>72</sup> y se determina la culpabilidad, existe la posibilidad del reclamo por los perjuicios.

<sup>68</sup> MAKIANICH DE BASSET, *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños...* cit.

<sup>69</sup> BARBERO, *Daños y perjuicios derivados del divorcio* cit., p. 243.

<sup>70</sup> CCCom. de San Isidro, sala I, 8-6-95, "H., D. G. c/S. de H., M. M.", J. A. 1997-I.

<sup>71</sup> BELLUSCIO, ob. cit., p. 37.

<sup>72</sup> LLOVERAS DE RESK, María Emilia, *La separación de hecho prolongada como causal de divorcio*, en J. A. 1988-III-764.

El cónyuge que pide el divorcio por la causal del 204 no pierde el derecho a pedir daños y perjuicios en el caso de que alegue y pruebe no haber dado causa a la separación. Ésta es la orientación de la jurisprudencia francesa al respecto<sup>73</sup>.

### c) *Divorcio por presentación conjunta*

No se puede pretender el divorcio en los supuestos de presentación conjunta, ésa fue la conclusión de la mayoría en las I Jornadas Australes de Derecho Civil y las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, ya citadas.

Pero si se desiste del divorcio por presentación conjunta, se puede reclamar la indemnización por daños.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que “el divorcio por presentación conjunta anteriormente iniciado y desistido, no impide el reclamo de indemnización por daño moral en razón del divorcio culpable posteriormente declarado”<sup>74</sup>.

### d) *Supuestos del artículo 203*

El problema se plantea en el supuesto contemplado en el artículo 203. Cabe preguntarse si el cónyuge enfermo puede demandar por daños y perjuicios. Creemos que no, porque no hay hecho antijurídico en pedir el divorcio por una causal legal, y por otra parte tampoco hay atribución de culpa, con lo cual no se darían dos de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Tampoco el cónyuge sano podría petitionar la reparación de los perjuicios, porque en el supuesto del artículo 203 no hay atribución de culpa; si considerara injuriosa la conducta del beodo, debería encuadrarlo dentro del artículo 202 del Código Civil.

## VI. Los daños

En el plano del resarcimiento se debe partir de la premisa de que éste debe ser integral (art. 1069 del Cód. Civ.) y además de que para

<sup>73</sup> LLOVERAS DE RESK, *La separación de hecho prolongada como causal de divorcio* cit.

<sup>74</sup> CNCiv., sala F, 22-11-90, “L. J. c/M. de L. s/Divorcio”.

que exista responsabilidad debe existir un daño, ya que sin él no “hay acto ilícito punible” (art. 1067 del Cód. Civ.).

El daño producido por un acto ilícito para que sea resarcible ha de ser cierto, no eventual, y subsistir en el momento que se lo computa.

Serán indemnizables todos los daños morales y materiales; sin ánimo de agotar la enumeración vamos a describir los siguientes supuestos.

### 1. *Daño material*

Entre los daños materiales que se pueden reclamar cabe señalar lo gastado por el cuidado de los hijos, como por ejemplo, internación de los mismos, o servicios especializados por el abandono de la madre.

El más común de los daños materiales es la disolución anticipada de la sociedad conyugal, sobre todo cuando la empresa era un bien ganancial del cónyuge inocente.

Pero caben algunos cuestionamientos a si es indemnizable la pérdida del derecho hereditario y la modificación de la situación económica.

#### A) *Pérdida del derecho hereditario*

Los divorciados pierden la vocación hereditaria entre sí, conforme a lo dispuesto por el artículo 3574. La solución escogida por el legislador elimina las discusiones doctrinarias al respecto y se aparta del plenario de las Cámaras Civiles de la Capital que había dicho que “...el divorcio vincular, no hace cesar el derecho hereditario del cónyuge no culpable a menos que con anterioridad a la sentencia haya incurrido en algún acto que cause la caducidad de su vocación sucesoria”<sup>75</sup>.

Cabe preguntarse si la pérdida del derecho hereditario del inocente, ya sea por conversión de la separación en divorcio o por divorcio, es un daño indemnizable. Creemos que no, por cuanto se trataría de un daño eventual, por el que no se responde, ya que está sujeto a la eventualidad de que el inocente sobreviva al culpable.

<sup>75</sup> CNCiv., en pleno, 22-11-62, “C. de F. c/F. D. s/Suc.”, E. D. 3-486.

### B) *Modificación de la situación económica*

La modificación de la situación económica no es un daño indemnizable como tal, sino que encuadra dentro del deber alimentario, de conformidad con lo establecido por el artículo 207 del Código Civil.

Por lo tanto, el cónyuge que no hubiera dado causa a la separación personal va a tener derecho a ser mantenido en el mismo nivel económico que gozaba durante la convivencia, sin recurrir a los presupuestos de la indemnización civil, por la sola aplicación de las normas de carácter alimentario.

### 2. *Daño moral*

El daño moral causado por el divorcio o por los hechos generadores del divorcio en sí deben ser indemnizados; corresponde examinar algunos supuestos especiales para ver si, en principio, originan daño moral.

#### A) *Pérdida de la “chance matrimonial”*

La doctrina tradicional en el tema señalaba –con anterioridad a la ley 23.515– que como el divorciado no podía, en nuestro régimen, volver a contraer nuevas nupcias se causaba un daño moral de suma gravedad, pues se lesionaba el derecho que tiene la persona de vivir regularmente en compañía de un hombre, si es mujer, o de una mujer si es hombre<sup>76</sup>.

Con la vigencia de la ley 23.515 que permite la disolubilidad del vínculo y restablece la habilidad nupcial luego del divorcio, tal daño, *en principio*, no se da porque no existe un impedimento legal para volver a contraer matrimonio.

Cierto es que en algunos casos, debido a la edad de la consorte o a sus condiciones de salud, se disminuye la posibilidad de contraer matrimonio. Pero esta circunstancia deberá ser demostrada en particular, al igual que su relación de causalidad adecuada con el divorcio, para que sea considerada como un daño indemnizable.

<sup>76</sup> BARBERO, ob. cit., p. 231.

### B) *Daño moral por verse privada al uso del nombre*

El artículo 9º de la ley 18.248 establece, en su segundo párrafo, que si la mujer casada hubiera optado por llevar el apellido del marido, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario, o que en el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitase conservarlo en sus actividades.

Si bien creemos que debió permitírsele a la madre que no ejerciese profesión continuar usando el apellido marital cuando existiesen hijos menores, lo cierto es que “en la nueva ley sólo se han considerado circunstancias que hacen exclusivamente a las condiciones personales de la mujer en cuanto al ejercicio de actividades profesionales y no se ha tenido en cuenta el interés familiar, las relaciones familiares subsistentes, la antigüedad del matrimonio, etcétera”<sup>77</sup>.

En definitiva, si la mujer no trabaja se ve privada de usar el apellido de sus hijos, o el apellido por el cual fue conocida durante mucho tiempo en una comunidad, lo que, sin lugar a dudas, puede llegar a causar un daño moral.

### C) *Daño moral por lesión a los sentimientos religiosos*

La Cámara Nacional Civil, sala L, ha resuelto que “Cuando la sentencia de divorcio vincular es dictada respecto de un matrimonio en el que uno de los cónyuges profesa un credo religioso que prohíbe tal situación, ello no afecta, daña o lesiona la esfera de la libertad, porque ni impide, ni restringe, que esa persona se desenvuelva dentro del marco que su fe o creencia le determina”<sup>78</sup>.

### D) *Daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos*

Corresponde distinguir el daño sufrido personalmente por los hijos a consecuencia del divorcio del daño sufrido por la madre al ver a sus hijos abandonados, criarse sin la imagen paterna o en una familia monoparental.

<sup>77</sup> MINYERSKY MESASSE, Nelly; FLAH, Lily y VIGGIOLA, Lidia, *Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Abogadas en Buenos Aires, 18 al 21 de junio de 1987*.

<sup>78</sup> CNCiv., sala L, 23-6-95, “S. M. c/L. B. s/Separación personal”, Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999.

“El cónyuge inocente va a sufrir más daño moral por el divorcio si tiene hijos (sobre todo menores) que si no los tiene. Sufrirá al ver cómo sufren ellos, cómo quedan y se sienten desamparados, sin un hogar bien constituido, etcétera. Este dolor es un daño moral para el cónyuge inocente que éste experimenta a causa del daño al hijo”.

Probadas estas circunstancias, el cónyuge agraviado podrá demandar que se lo indemnice por el daño moral que le causa el ver a sus hijos desamparados a consecuencia del divorcio.

Con respecto al daño moral de los hijos por causa del divorcio, entendemos que no se encuentran legitimados para reclamar.

En nuestro Derecho y por imperio del artículo 1079 se admite la reparación de quien padeció por reflejo el perjuicio sufrido por el damnificado directo, pero cuando el daño implicado es el daño moral, el artículo 1078 dispone que “...La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Es decir que la posibilidad de que los hijos accionen por daño moral está expresamente vedada por la ley.

Si bien nuestro Derecho no permite reclamar daño moral al damnificado indirecto cuando la víctima del daño directo no muere, cabe traer a colación que en los últimos tiempos se viene produciendo una revisión de esta idea aparentemente hermética, justamente por su simpleza. Es que se advierte que la presencia de una persona lesionada es una fuente de lesiones para terceros<sup>79</sup>.

Esto ha llevado a la doctrina a pensar en la existencia de acciones resarcitorias del daño moral por la vía de la creación de nuevos bienes jurídicos como la *serenidad doméstica*, que en el Derecho italiano permite a los padres reclamar por el *descalabro familiar* que se produce ante la incapacidad del hijo<sup>80</sup>.

Por ello podríamos llegar a pensar que la madre podría sufrir un

<sup>79</sup> RIVERA, Julio César, *Legitimados para demandar la indemnización de daños*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 3, *Accidentes de tránsito - III*, 1998, p. 49.

<sup>80</sup> LORENZETTI, *Las normas fundamentales de Derecho Privado* cit., p. 391.

daño por repercusión del daño que se produjo a su hijo pero nos encontraríamos con la prohibición expresa de la ley.

La realidad nos indica que el *dolor de los hijos*, sus múltiples sufrimientos, sus alteraciones disvaliosas en los estados de ánimo, son innegables frente al mal causado por un progenitor al otro progenitor, sea éste perjuicio definitivo o transitorio. Creemos que son ellos las verdaderas víctimas en casos semejantes. Piénsese en un hijo que ve día a día que su padre golpea a su madre, piénsese en el hijo que queda a cargo de una madre que ha quedado paralítica por las palizas propinadas por su esposo; es indiscutible que el hijo conviviente que va a tener que ayudar a su madre en las necesidades de la vida sufre un daño moral incuestionable.

Pone de relevancia Vázquez Ferreyra que “la evolución del Derecho Civil tiende a reconocer cada día con mayor amplitud la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales. Ello como corolario lógico del mayor reconocimiento de los derechos de la personalidad y del nuevo sentido del Derecho Civil, que cada día vuelve más su mirada a la persona. Frente a esta nueva concepción que aplaudimos, deben dejarse de lado, de una vez por todas, los argumentos que en algún tiempo se han dado para limitar todo reclamo indemnizatorio de perjuicios extrapatrimoniales”<sup>81</sup>.

Creemos que se hace imprescindible borrar la injustificada limitación<sup>82</sup> contenida en el artículo 1078, como lo recomienda la doctrina nacional, pero también pensamos que mientras esté vigente este artículo, el juez se encuentra imposibilitado de condenar a indemnizar el daño moral sufrido por los hijos como legitimados indirectos.

En la Comunidad Económica Europea –hoy Unión Europea– se dictó en el año 1975 la Resolución 7-75 del Comité de Ministros de Europa relativa a la “Reparación de los daños en caso de lesiones

<sup>81</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *El daño moral y los damnificados indirectos*, en J. A. 1992-III-105.

<sup>82</sup> Queremos poner de relevancia que la única justificación que se da para denegar la indemnización por daño moral a los legitimados indirectos es decir que ello traería aparejado “una catarata de pleitos”. Estimamos que el eje de la cuestión reside en la prueba del daño moral. Éste no se puede presumir y la madre debería demostrarlo estrictamente.

corporales”, que en el punto 13 de los principios dice: “el padre, la madre y el cónyuge de la víctima que en razón de un atentado contra la integridad física de ésta, experimentan sufrimientos psíquicos, no podrán obtener reparación de este perjuicio más que en presencia de sufrimientos de carácter excepcional; ninguna otra persona podrá pretender semejante reparación”<sup>83</sup>.

## VII. Expectativas de ventajas económicas

También se ha puesto de resalto que se crean expectativas de ventajas económicas para el que resulte ganador de la contienda (del voto de los Dres. Luaces y Molteni).

Consideramos que este razonamiento admite la siguiente réplica: *la indemnización por daño moral no otorga ventajas económicas sino que repara el perjuicio sufrido*.

La indemnización por daño moral no otorga ventajas económicas sino que busca paliar el menoscabo producido.

El reconocimiento del perjuicio no va a obstar a las soluciones conciliadoras sino que puede ser uno de los elementos a tener en cuenta al momento de realizar los acuerdos.

No resulta convincente el argumento de que el reconocimiento de la obligación de reparar el daño moral obsta a las soluciones amigables. Infinidad de pretensiones por responsabilidad extracontractual con reclamos de daño moral se solucionan mediante la conciliación. Éste deberá ser un factor a tener en cuenta al momento de conciliar.

## VIII. Supuestos jurisprudenciales

### 1. *Jurisprudencia que admitió la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio*

#### A) *Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*

La Cámara Nacional Civil, en pleno, resolvió que en nuestro Derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasio-

<sup>83</sup> Cit. por VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit.

nado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.

La omisión legislativa acerca del tema de que se trata dio origen, en la doctrina y la jurisprudencia, a corrientes antagónicas.

La doctrina nacional favorable al resarcimiento de los daños unidos al divorcio es mayoritaria. Entre ellos encontramos a Salas<sup>84</sup>, Colombo<sup>85</sup>, Acuña Anzorena<sup>86</sup>, Guastavino y Belluscio<sup>87</sup>, Spota<sup>88</sup>, López del Carril y Mazzinghi<sup>89</sup>, Mosset Iturraspe<sup>90</sup>, D'Antonio y Zannoni<sup>91</sup>, Fassi y Bossert<sup>92</sup>.

La tendencia 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.

El principio de especificidad que domina el Derecho de Familia no constituye obstáculo frente al silencio de la ley, ya que no se puede por vía interpretativa, obviar principios de la responsabilidad civil, como lo son las disposiciones expresas contenidas en los artículos 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil, que por su generalidad también son aplicables cuando de los hechos que dan lugar a divorcio se derivan daños al cónyuge inocente.

En consecuencia, y si bien corresponderá al juzgador, en definitiva,

<sup>84</sup> SALAS, *Indemnización de los daños derivados del divorcio* cit.

<sup>85</sup> COLOMBO, *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa* cit.

<sup>86</sup> ACUÑA ANZORENA, *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero...* cit.

<sup>87</sup> GUASTAVINO, Elías y BELLUSCIO, Augusto C., *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, en L. L. 5-1041.

<sup>88</sup> SPOTA, *Tratado del Derecho Civil* cit., t. 12, *Derecho de Familia*, 1947-1968, p. 149.

<sup>89</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. y MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971-1972, t. 2; 3ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1995-1997, p. 26.

<sup>90</sup> MOSSET ITURRASPE, *Los daños emergentes del divorcio* cit.

<sup>91</sup> D'ANTONIO, Daniel H. y ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, t. II, p. 175.

<sup>92</sup> FASSI, S. y BOSSERT, G., *Sociedad conyugal*, Astrea, Buenos Aires, 1978, t. 2, p. 362.

analizar los elementos de juicio que presente cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que uno de ellos alega, no se encuentran obstáculos en el sistema legal vigente para la procedencia de su reparación<sup>93</sup>.

*B) Las desavenencias del matrimonio no eximen la responsabilidad por los daños producidos por el adulterio*

La Cámara Nacional Civil, sala D, resolvió que las malas relaciones del matrimonio no son una eximente de responsabilidad por el daño producido por el adulterio. En primera instancia se había condenado al marido a pagar los daños y perjuicios derivados del divorcio provocado por su adulterio. El demandado apeló el fallo por cuanto entendía que el matrimonio se encontraba tan destruido que el adulterio no podía causar daño. El tribunal desechó tal argumento señalando que las desavenencias matrimoniales resultan irrelevantes a los efectos de declarar la procedencia de la reparación por daño moral derivada de hechos ilícitos que, a la vez, constituyen causales de separación o de divorcio. Pues, si ninguno de los cónyuges hasta el acontecimiento luctuoso inicia juicio de separación o de divorcio, resulta evidente el propósito de mantener el vínculo, lo que importa, obviamente, asumir todos los deberes y facultades que la ley dispone para los que están casados.

Entendemos que las desavenencias matrimoniales anteriores, de por sí, no funcionan de eximente de responsabilidad, pero sí pueden tener gran importancia a fin de determinar la existencia del daño y su cuantificación. Ciertamente es que mientras existe matrimonio, por más desquiciado que éste se encuentre, son exigibles los deberes matrimoniales, y que su falta constituye un ilícito, pero también es cierto que la ilicitud no es el único presupuesto de la responsabilidad civil, ya que ésta requiere del daño, y puede que no exista daño moral alguno por el adulterio del otro cuando la relación matrimonial se encuentra deteriorada; estimamos que ello fue lo que planteó el adúltero y que el tema no fue suficientemente tratado por el tribunal<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> CNCiv., en pleno, 20-9-94, L. L. 1994-E-538.

<sup>94</sup> *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, *Contratos modernos*, 1993, p. 385.

C) *Daño moral por el incumplimiento del convenio de liquidación de la sociedad conyugal*

Como ya dijimos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C<sup>95</sup>, hizo lugar a la indemnización por daño moral, denegada por el inferior, en la ejecución de un convenio de liquidación de una sociedad conyugal, homologado en el juicio de divorcio seguido entre las mismas partes, en el que se reclamaron los daños producidos por el incumplimiento. Remitimos al punto V.1, apartado B, *Responsabilidad extracontractual*.

D) *Adulterio. Indemnización por daño moral*

La Cámara Civil y Comercial de Junín, siguiendo la doctrina sentada en el plenario de la Cámara Nacional Civil, y ante la prueba del adulterio en que incurrió el marido, lo condenó a pagar a su esposa inocente la suma de \$ 12.000 en concepto de resarcimiento por daño moral. Consideró que la satisfacción de la víctima del daño moral generado por los hechos desencadenantes del divorcio no se logra con la sanción de culpabilidad impuesta al ofensor; de tal modo que si uno de los cónyuges incurre en algunas de las causales taxativamente enumeradas por el artículo 202 del Código Civil, está cometiendo un hecho ilícito porque viola deberes derivados del matrimonio. Si ese hecho ilícito, se agregó, ocasiona además un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existe impedimento para penetrar en el campo aquiliano<sup>96</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Cámara Nacional Civil, sala E, sosteniendo que procede el reclamo indemnizatorio por el daño inferido por el adulterio, pues este obrar doloso no posee atenuante que permita sustraerlo del contexto en el que según el fallo plenario “G., G. G. c/B. de G., S. M s/Divorcio vincular”, del 20 de setiembre

<sup>95</sup> CNCiv., sala C, 30-5-94, E. D. 159-702; *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 8, *Nulidades*, 1997, p. 415.

<sup>96</sup> CCom. de Junín, 20-12-94, *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, diciembre de 1996, año 6, N° 12, p. 1073, comentado por FERRER, Francisco A. M., *La responsabilidad civil conyugal*.

de 1994, es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de tal conducta<sup>97</sup>.

E) *Constantes vejámenes y abusos a que eran sometidos los familiares*

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, hizo lugar a la indemnización por daño moral, denegada por el inferior, en un divorcio por la causal de injurias graves, sosteniendo que para que la misma pueda admitirse deben darse los supuestos propios de la responsabilidad civil, agregando que no todas las conductas pueden dar lugar al reclamo por dicho rubro.

Consideró que solamente ingresan dentro de la órbita resarcitoria aquellas que implican auténticos agravios al otro cónyuge, es decir, cuando se lesionan bienes extrapatrimoniales tales como el derecho al bienestar, a obtener respeto de familiares, el derecho al honor, etcétera, ya que la pérdida del vínculo afectivo no puede per se dar cabida a una medida de ese tenor.

En el caso, los constantes "vejámenes" a que eran sometidos los familiares son de una gravedad importante, por lo que el daño moral causado resulta evidente<sup>98</sup>.

F) *Abandono de la mujer frente a los acreedores que embargan los bienes del hogar*

En el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, se decidió hacer lugar a la reparación del daño moral provocado a la esposa por el abandono del marido quien, ante sus problemas económicos, huyó del hogar y del país incumpliendo los deberes de asistencia moral y material, y haciendo que su cónyuge afrontara sola los reclamos de sus acreedores, el desapoderamiento y los embargos; ya que estos hechos, no sólo producen consecuencias económicas, sino también provocan dolores espirituales,

<sup>97</sup> CNCiv., sala E, 23-8-95, Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999, reg. lóg. Nº 13183.

<sup>98</sup> C1°CCom. de Lomas de Zamora, sala II, 13-2-97, L. L. B. A. 1997-728.

de los que negligentemente el accionado se apartó dejando a su mujer a cargo de hacer frente a esas angustias en soledad.

Se sostuvo que en casos como el presente, en que el hecho generador del divorcio ha causado daños, no puede dejar de repararse el agravio moral; no obstante, señala que no siempre el cónyuge inocente tendrá derecho a la indemnización reparadora, y que admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción. Sólo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual –conducta antijurídica, factor de atribución y relación de causalidad– cabrá otorgar una indemnización reparadora. Ello implica que no siempre que haya daño se hará lugar a la reparación.

En cuanto a la especialidad del Derecho de Familia y la diferencia de su contenido respecto a las otras ramas del Derecho Privado, se dijo que dicha circunstancia no es justificativo para violar el principio jurídico de no dañar a otro, que tiene jerarquía constitucional y supranacional<sup>99</sup>.

#### *G) Injurias graves que dan lugar a la indemnización por daño moral*

La Cámara Nacional Civil, sala K, resolvió que no todo disgusto, desagrado o contrariedad sufrido por el cónyuge inocente de la separación encuadra en el concepto jurídico de daño moral que merezca amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra debe existir una trascendencia de la ofensa fuera de lo común, adhiriendo, de este modo, a la opinión del doctor Cifuentes, en su voto en minoría en el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil, del 20 de setiembre de 1994. En consecuencia, se hizo lugar al reclamo de la esposa, la que debió sufrir padecimientos y angustias que merecían ser resarcidos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1078 del Código Civil<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> CCCom. de San Isidro, sala I, 13-5-98, E. D. 181-745, comentado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La indemnización del daño moral causado por las conductas conyugales en el contexto de los derechos humanos*.

<sup>100</sup> CNCiv., sala K, 30-8-96, L. L. 1997-C-570.

2. *Jurisprudencia que no admitió la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio*

A) *El adulterio “discreto” no produce daño grave susceptible de ser indemnizado*

La Cámara Nacional Civil, sala E, siguiendo una postura del doctor Cifuentes, ha entendido que no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra la ofensa debe ser de una trascendencia fuera de lo común, ser un daño “muy punzante” que no se configura si el adulterio es “discreto”.

El caso resuelto por la sala E de la Cámara Nacional Civil trataba de un divorcio por adulterio en el cual el marido mantuvo relaciones con una empleada de su empresa durante muchos años sin que su esposa se enterara pero siendo del conocimiento del yerno y de los cuñados, y que daba lugar a los comentarios de todo el personal de la empresa, aun cuando no presenciaron actitudes indecorosas o muestras abiertas de afecto. La mayoría del tribunal entendió que había habido infidelidad pero, como ella no había traspasado la frontera del círculo social o laboral donde se movía el matrimonio, no correspondía condenar el pago de daños y perjuicios, por cuanto la infidelidad ya había sido sancionada suficientemente con la declaración de culpabilidad del divorcio<sup>101</sup>.

No compartimos esta posición porque el adulterio, aunque sea “discreto”, implica una violación por culpa grave a uno de los deberes básicos del matrimonio.

B) *El adulterio “posterior a la separación” no provoca daño*

La Cámara Nacional en lo Civil, sala A, rechazó la indemnización por daño moral reclamada en un juicio de divorcio por las causales de abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves, en base a que si bien la conducta del marido fue injuriosa, los actos desdorosos por él cometidos se llevaron a cabo después de la separación

<sup>101</sup> CNCiv., sala E, 30-10-92, L. L. 1993-A-452.

de hecho, de modo que no afrontaron públicamente a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales.

Concluye refiriéndose a que el comportamiento merecedor de una 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, la que en el caso apuntado no se ha configurado<sup>102</sup>.

C) *La imposibilidad de la vida en común no importa un daño en el espíritu de la reclamante*

La Cámara Nacional Civil, sala B, confirmó la sentencia de primera instancia en la que se rechazó la indemnización por daño moral solicitada por la esposa en el divorcio vincular por culpa del marido, por hallarlo incurso en la causal de adulterio, sosteniendo que la misma no es procedente, cuando a pesar de que la vida en común de los cónyuges era imposible, ello no implicó una angustia y dolor capaces de producir un daño en el espíritu de la reclamante<sup>103</sup>.

D) *No es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria a raíz del divorcio*

La Cámara Nacional Civil, sala F, resolvió que no es indemnizable la pérdida de vocación sucesoria a raíz del divorcio, pues se trata de una expectativa meramente eventual sujeta en el devenir del tiempo futuro a innumerables circunstancias.

Sostiene que es indispensable que se haya integrado el presupuesto de hecho al que el ordenamiento adjudica una consecuencia de derecho. De acuerdo a estas nociones agrega que la vocación hereditaria de la actora no llegó a concretarse en un derecho, pues falta el hecho determinante, es decir, la muerte del marido, lo cual conduce a afirmar que el invocado derecho por el que se pretende indemnización no es sino una mera expectativa eventual<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> CNCiv., sala A, 25-9-97, J. A. 1998-III-365.

<sup>103</sup> CNCiv., sala B, 6-3-97, L. L. 1998-D-728.

<sup>104</sup> CNCiv., sala F, 21-5-93, J. A. 1994-I-321.

E) *No es indemnizable la disolución anticipada de la sociedad conyugal en la que no había bienes productores de rentas que debieran liquidarse*

Sostiene el doctor Bossert, juez preopinante, en un divorcio causado por adulterio y abandono, la procedencia de la indemnización por la disolución anticipada de la sociedad conyugal cuando se prueba concretamente el daño que le produce al solicitante la liquidación de un bien ganancial productor de rentas. Pero es ajena a toda noción indemnizatoria una reparación fundada en la simple enunciación de la “liquidación anticipada de la sociedad conyugal”, en caso de que la comunidad carezca de bienes, situación en la cual en modo alguno se advierte el daño patrimonial<sup>105</sup>.

F) *No son indemnizables las expresiones de desamor*

La indemnización no cabe frente a actos que son simplemente expresiones de desamor, de pérdida del vínculo afectivo, aunque puedan implicar un apartamiento de los deberes matrimoniales.

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 sólo a conductas del cónyuge que, además de representar la violación de deberes matrimoniales, implican auténticos agravios al otro cónyuge, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo<sup>106</sup>.

G) *Injurias graves. Improcedencia de indemnización por daño moral*

Para que exista daño moral que genere una reparación no basta que exista disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción sino que se

<sup>105</sup> CNCiv., sala F, 21-5-93, J. A. 1994-I-321.

<sup>106</sup> CNCiv., sala F, 21-5-93, J. A. 1994-I-321.

requiere que posea determinada envergadura, que tenga prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales. De ahí que no procede la reparación si el accionar no ha sido abiertamente ostentoso o agravante, mostrándose en actitudes francamente indecorosas. Y si la propia cónyuge reconoce su responsabilidad en el fracaso matrimonial, lo que bien pudo contribuir –aun cuando no justificar– a las actitudes que se estimaron injuriosas de parte del marido, el pedido es improcedente<sup>107</sup>.

### 3. *El silencio de la ley. Improcedencia de la indemnización del daño moral derivado del divorcio*

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, estableció que el silencio u omisión de la legislación en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el divorcio dan cuenta de una clara voluntad de no admitirla, pues cuando la ley ha querido expedirse y establecerla lo ha hecho, como en el caso de nulidad de matrimonio.

Sostiene que sólo es procedente la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio ante conductas de una gravedad que exceda la medida habitual de la culpa en el divorcio y permita reconocer la existencia de una acción personalísima para la reparación de tales hechos, autónoma del juicio de divorcio.

Agrega que el principio de la especialidad del Derecho de Familia inhibe aplicar las normas generales de responsabilidad por daños en esta materia<sup>108</sup>.

### 4. *Improcedencia de daño moral derivado de las causales de divorcio en sí mismas*

Asumiendo una postura restrictiva, la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, sala 2ª, sostuvo que el divorcio en sí mismo no puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios.

<sup>107</sup> CNCiv., sala E, 15-9-95, Jurisp. de la CNCiv. en Disco Láser 1999, reg. lóg. N° 13184.

<sup>108</sup> C2ªCCom. de La Plata, sala III, 7-11-96, D. J. 1997-3-993, con nota de ROVEDA, Eduardo G. y SARQUÍS, Lorena, *Daños y perjuicios entre cónyuges*.

Agrega que hay que diferenciar el divorcio y la culpabilidad de los hechos que dieron lugar al divorcio, y entonces sí, en este caso, si los hechos que dieron lugar al divorcio y las conductas seguidas afectan al otro, han sido efectuados con una magnitud y publicidad en forma escandalosa, sin límites, sin consideración hacia el otro cónyuge, es decir, de una entidad tal que produzca una afrenta a la dignidad, al honor, y se prueban, corresponde otorgar la reparación por daño moral<sup>109</sup>.

<sup>109</sup> CCCom. de Mar del Plata, sala II, 8-4-97, J. A. 1998-I-344.