

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

VALERIA GUADALUPE ANGELINI
UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



ABOGACIA
RIO CUARTO- AÑO 2011

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

“Producida la disolución del vínculo matrimonial surgen distintos inconvenientes para ambos conyugues, que no solo afectan el aspecto patrimonial de los mismos sino que también muchas de las veces llegan a inmiscuirse en la esfera íntima de la persona del consorte, provocándole daños tanto en su espíritu como en su vida personal. Esta situación se plantea cada vez más en nuestra realidad es por esto que nos planteamos dilucidar una dicotomía que se vislumbra a partir de esta situación de hecho que hace a la procedencia o no del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales como consecuencia del divorcio”.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

“Produced the dissolution of the matrimonial link different disadvantages arise for both spouses, who not only affect the patrimonial aspect of the same ones but also many of the times manage to interfere in the intimate sphere of the person of the colitigant, him provoking hurts both in his spirit and in his personal life. This situation appears increasingly in our reality is for this that we consider to explain a dichotomy that is glimpsed from this situation of fact that it does to the origin or not of the indemnity of the hurts extrapatrimoniales as consequence of the divorce”.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

A mis papas Dante y Zuni, y a mi hermana Gilda
y a la virgen de Guadalupe.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

INDICE DE CONTENIDO

INDICE.....	5
AGRADECIMIENTOS.....	11
<u>CAPITULO I: Introducción. Delimitación y Justificación del Trabajo.</u>	
1. Introducción.....	13
2. Objetivos Generales.....	17
3. Objetivos Particulares.....	17
4. Metodología.....	18
<u>CAPITULO II: Marco Teórico</u>	
1. Derecho de Daños.....	20
1.1. Principios.....	20
1.1.1. “Naeminen ladere”	21
1.1.2. Necesidad de factor de atribución.....	21
1.1.3. Principio de reserva	21
1.1.4. Principio de prevención	22
1.1.5. Principio de reparación plena e integral	22
1.2. Orbitas de responsabilidad.....	22
1.3. Presupuestos de responsabilidad	23
1.3.1. Daño causado.....	24
1.3.1.1. Daño patrimonial.....	24
1.3.1.1.1. Cierto.....	24
1.3.1.1.2. Subsistente.....	25
1.3.1.1.3. Personal.....	25
1.3.1.1.4. Lesión a un interés legítimo.....	25
1.3.1.2. Daño moral.....	26
1.3.1.2.1. Teoría del resarcimiento.....	27

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1.3.1.2.2. Teoría de la sanción ejemplar o represiva.....	27
1.3.1.3. Daño extrapatrimonial.....	28
1.3.1.4. Reparación del daño.....	29
1.3.2. Antijuridicidad.....	29
1.3.3. Nexo causal.....	30
1.3.3.1. Consecuencias inmediatas.....	31
1.3.3.2. Consecuencias mediatas.....	31
1.3.3.3. Consecuencias causales.....	31
1.3.3.4. Consecuencias remotas.....	32
1.3.4. Factor de atribución.....	32
1.3.4.1. Factores subjetivos de atribución.....	33
1.3.4.1.1. Culpa.....	34
1.3.4.1.2. Dolo.....	36
1.3.4.2. Factores objetivos de atribución.....	36
1.3.4.2.1. La garantía.....	37
1.3.4.2.2. El riesgo.....	38
1.3.4.2.3. La equidad.....	39
1.3.4.2.4. El abuso del Derecho.....	40
1.3.4.2.5. El exceso de la normal tolerancia entre .vecinos.....	41
2. Derecho de Familia.....	42
2.1. Matrimonio.....	44
2.1.1. Deberes - Derechos recíprocos entre ambos cónyuges.....	45
2.1.1.1. Deber de fidelidad.....	45
2.1.1.2. Deber de asistencia y alimentos.....	46
2.1.1.3. Deber de cohabitación.....	47
2.1.2. Vicisitudes del vínculo matrimonial.....	49
2.1.2.1. Evolución en el Derecho argentino de la figura del	

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

divorcio.....	49
2.1.2.2. Causales subjetivas de separación personal o de divorcio vincular.....	51
2.1.2.2.1. Adulterio.....	51
2.1.2.2.2. Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges o de los hijos.....	52
2.1.2.2.3. Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos.....	52
2.1.2.2.4. Injurias graves.....	53
2.1.2.2.5. Abandono voluntario y malicioso.....	54
2.1.3.3 Causa objetiva de separación personal o de divorcio vincular.....	54
2.1.4 Disolución del vínculo matrimonial.....	55
CAPITULO III: Las posturas ante la responsabilidad de los daños derivados del Divorcio.	
1. Consideraciones preliminares.....	57
2. Fundamentos esgrimidos en contra de la procedencia del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio.....	58
2.1. Especialidad de las normas del Derecho de Familia.....	59
2.2. Falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio similar a la existente en materia de nulidades matrimoniales.....	60
2.3. No se puede indemnizar el error de elección.....	60
2.4. Diminución de los matrimonios.....	61
2.5. Hay daños que deben quedar sin reparación.....	62
2.6. Los daños son compensados con los alimentos que el cónyuge culpable deba pagar el inocente.....	63
2.7. Imposibilidad de distinguir los deberes del matrimonio de las obligaciones en sentido estricto.....	63
2.8. La expresa recepción legislativa en los países donde se lo admite.....	64
2.9. El posible aumento de la litigiosidad contradictoria.....	64

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2.10.	La dificultad de la determinación de la culpa en el divorcio.....	65
2.11.	El retorno a la indisolubilidad del vínculo matrimonial.....	65
2.12.	Involucran al tribunal en disputas triviales entre los esposos.....	66
3	Contraargumentos esgrimidos a favor de la procedencia del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio.....	66
3.1	No existe especialidad de las normas del Derecho de Familia.....	67
3.2	No importa la falta de previsibilidad de esta clase de daños en una norma expresa, como si lo está en materia de nulidad matrimonial.....	69
3.3	La reparación del daño no implica la indemnización del error en la elección, sino de los perjuicios que derivan de la misma.....	70
3.4	No se daría como consecuencia la disminución de la celebración de los matrimonios.....	71
3.5	No existen daños que puedan quedar fuera de la reparación.....	71
3.6	No tiene porque compensarse la obligación de alimentos al cónyuge inocente, con los daños que se generan con el divorcio.....	72
3.7	La obligación de indemnizar el daño causado en el divorcio tiene contenido patrimonial, y es por lo tanto una obligación en sentido estricto.....	73
3.8	No es necesaria una legislación expresa en los países que admiten la indemnización.....	73
3.9	No se aumentaría la litigiosidad - contradictoria por su admisión.....	74
3.10	La dificultad de determinar la culpa en el divorcio no obsta a la indemnización por daños.....	75
3.11	No se retornaría al principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial.....	76
3.12	No se involucran a los tribunales en disputas triviales entre esposos.....	76
CAPITULO IV: Análisis de los presupuestos que deben existir para que surja la responsabilidad civil como consecuencia del divorcio		
1.	Consideraciones preliminares.....	78

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2. Presupuestos de la responsabilidad civil aplicados al caso en estudio.....	80
2.1. Daño.....	80
2.2. Antijuridicidad.....	83
2.3. Imputabilidad o factor de atribución.....	84
2.3.1. La culpa como factor de atribución.....	85
2.3.2. El dolo como factor de atribución.....	87
2.4. Relación de causalidad o nexo causal.....	88

CAITULO V: Posibles daños extrapatrimoniales o patrimoniales, derivados del divorcio, indemnizables por los cónyuges

1. Daños patrimoniales.....	92
2. Daños extrapatrimoniales.....	93
2.1. Pérdida de “chance matrimonial”.....	94
2.2. Daño moral por verse privada la mujer del uso del apellido del esposo.....	95
2.3. Daño moral como consecuencia del sufrimiento de los hijos.....	96
2.4. Resarcimiento por el daño moral solicitado por el cónyuge inocente que forma nueva pareja.....	97
2.5. El “mobbing” matrimonial.....	98

CAPITULO VI: Derecho comparado

1. Derecho Romano.....	101
2. Derecho Italiano.....	102
3. Derecho Español.....	104
4. Derecho Norteamericano.....	105
5. Derecho Francés.....	107
6. Derecho Suizo.....	108
7. Derecho Alemán.....	109

CAPITULO VIII: Una posible solución al problema que nos compete

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1. Una posible solución al problema que nos compete	112
<u>CAPITULO IX: Conclusión</u>	
1. Conclusión.....	122
<u>CAPITULO X: Bibliografía</u>	
1. Bibliografía.....	130

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

AGRADECIMIENTOS:

Hace unos años comencé a desasnar, el camino de un sueño, hoy ese sueño está a punto de hacerse realidad, solo falta un paso.

Por tal motivo quiero agradecer en primer lugar, a mis padres y mi hermana, por el apoyo que he recibido de parte de ellos, durante todos estos años de estudio, por estar siempre en los buenos y malos momentos que me tocaron afrontar, sin dejar nunca que baje los brazos y alentarme para que siga adelante para lograr concluir con mi sueño.

Como así también agradecer a todas aquellas personas, compañeros, amigos y profesores que a lo largo de mi carrera me han ayudado de diversas maneras en distintas oportunidades, aportando consejos, conocimientos y experiencias.

Un agradecimiento particular a mis compañeras de estudio de estos últimos años, sin ellas en muchos momentos se hubiera hecho difícil continuar no solo en la parte académica, sino también en la faz personal. Con ellas compartí diversos momentos dentro del ámbito de estudio que nunca se borrarán de mi mente, pero por sobre todas las cosas compartimos mucho más un libro, caminamos juntas estos últimos años por el camino de la vida, el cual nos puso distintos obstáculos a cada una en particular que juntas pudimos superar, termina una etapa pero comienza otra en que podemos seguir estando una al lado de la otra, gracias chicas.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO I
INTRODUCCION. DELIMITACION Y JUSTIFICACION DEL
TRABAJO.

1. INTRODUCCION-

Dando comienzo a este camino que vamos a recorrer en la presente obra con el fin de dilucidar la problemática que nos hemos planteado, es que debemos de comenzar delimitando cuales van a ser los ámbitos del derecho sobre los cuales vamos a gravitar durante toda nuestra exposición, para así tener conocimiento de sus normas, principios y toda otra clase de consideración que debemos tener en cuenta a la hora que queramos arribar a una posible solución a nuestro problema. Por lo tanto diremos que los ámbitos del derecho que vamos a utilizar son dos, por un lado el ámbito del Derecho Privado en cuanto a sus principios generales establecidos dentro del articulado que nos establece sobre la Responsabilidad Civil en general, conocido como Derecho de Daños, y en particular a lo que hace al Derecho de Familia consultando algunas de sus figuras o institutos.

Conceptualizando el ámbito del derecho en especial que utilizaremos, tenemos que decir que concebimos por Derecho de Familia a , “...*el conjunto de normas jurídicas que regulan las distintas relaciones jurídicas familiares*”¹, entendiéndolo a esta clase de relaciones jurídicas, como todas aquellas relaciones que el ordenamiento jurídico establece entre las personas, imputándole a las mismas como consecuencia de dicha relación deberes y atribuyéndole derechos, los cuales son interdependientes y recíprocos entre las personas, para la realización de fines o intereses familiares. Dentro de las distintas relaciones que pueden surgir, nosotros abordaremos en particular aquella relación jurídica que surge del matrimonio, entendido este según los Drs. ZANNONI Y BOSSERT² en un sentido tradicional o clásico, como la unión de un hombre y una mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador este de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia. Decimos en un sentido tradicional, porque no podemos desconocer la actualidad en que vivimos ni mucho menos las leyes que surgen en forma constante dentro de esta sociedad, donde tenazmente existe la lucha por parte de cierta clase de minorías sociales para ser oídos ante nuestro legisladores con el fin de que sean reconocidos los derechos que hasta la actualidad se le veían conculcados, por no ser reconocidos en forma expresa por nuestra legislación. En este contexto es que surge la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan celebrar matrimonio bajo las disposiciones generales establecidas en nuestro Código Civil para

¹ ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Manual de derecho de familia. 6ª Edición actualizada, 1ª reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As, 2005. p. 10.

² Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 75-76.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

este instituto, razón por la cual caería en desuso el concepto clásico que antes vertimos acerca del matrimonio, esto es porque después de la reforma el concepto debería de decir ahora que el vínculo o la unión matrimonial se puede establecer o bien entre un hombre y una mujer o sino entre personas del mismo sexos, conforme surge de la ley 26.618, mas haya y dejando de lado todo razonamiento o cuestionamiento ético y valorativo que pueda surgir de la sociedad en cuanto a esta admisión que estableció el legislador.

Siguiendo con el hilo conductor, debemos de recordar que no importan el origen o nacimiento que tengan esta clase de relaciones jurídicas, sino que la importancia está dada en la vida que tengan las mismas pudiendo sufrir distintas clases de modificaciones o vicisitudes desembocando a veces con posterioridad en la extinción de esta, ya sea como consecuencia del devenir normal de los hechos o por la producción de alguna clase de causal por parte de alguno de los sujetos que la componen que ponga fin a la misma de forma intempestiva. Si aplicamos este razonamiento sobre la extinción en particular del vínculo matrimonial diremos que existen variadas formas de concluir con el mismo una de ella es el divorcio vincular, figura esta que nos interesa por sobremanera para analizarla ya que es de competencia para nuestra temática.

Una vez producida la disolución o extinción del vínculo matrimonial puede que de esta deriven ciertas clases de consecuencias dañosas que afecten a uno de los cónyuges las cuales sean atribuibles en forma culposa al otro esposo quien realizo la conducta antijurídica por medio de la cual se produjo la disolución y que a su vez produjo los daños. Hete aquí que entra en juego otro ámbito del derecho privado que no podemos desconocerlo como es el Derecho de Daños, del cual debemos de tomar sus reglas generales establecidas sobre la responsabilidad civil para aplicarlas a cada caso en concreto que se nos planteamos.

Dando un pantallazo general sobre los daños que pueden surgir como consecuencia de la conducta antijurídica que provoque la disolución del vínculo matrimonial, diremos que estos pueden ser de dos clases por un lado tenemos los Daños Patrimoniales que afectan a los bienes o patrimonio del cónyuge que no realizo la conducta daños sobre los cuales no se discute la procedencia de su resarcimiento ya que se encuentra admitida por el derecho en forma expresa. Cuestión esta que no sucede a la hora de hablar de la otra clase de daños que puede darse estamos hablando de los Daños Extrapatrimoniales o morales, debido a que ni en la doctrina, jurisprudencia, y mucho menos nuestro derecho positivo, se ha resuelto en forma

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

unánime sobre la admisión o no de su resarcimiento, cuestión esta que trataremos de dilucidar mediante el desarrollo de este trabajo.

Si analizamos la realidad que se plantea en nuestros tiempos acorde a esta problemática sobre la procedencia o no de la indemnización por los daños extrapatrimoniales derivados del divorcio, podemos observar que esta dicotomía se encuentra en forma constante plasmada tanto en nuestra sociedad como así también en nuestros Tribunales, como consecuencia de que cada vez es más frecuente que los matrimonios fracasen y desemboquen en forma inevitable en la disolución de este vínculo a través del divorcio trayendo no solo como consecuencia simples daños patrimoniales, sino también morales los cuales siempre fueron planteados en el ámbito del derecho. Pero debemos reconocer que el espectro de los Daños en los últimos años se vio ampliado y se han admitido distintas clases de daños que hace uno años atrás era imposible que se contemplasen dentro del derecho y mucho menos en lo que hacía a la jurisprudencia, uno de ellos es el que hoy damos en llamar daño extrapatrimonial, si analizamos en especial esta clase de daño dentro del contexto de la extinción del vínculo matrimonial tema que nos compete diremos que como consecuencia de esta se surgen infinidad de situaciones o circunstancias que van más allá de una consecuencia patrimonial entrando algunas de estas dentro del ámbito personal, íntimo, espiritual y privado de la persona. Como siempre pasa, la realidad supera al derecho en cuanto al tratamiento de lo que sucede en la sociedad debido a que la misma se encuentra en un constante devenir de cambios, realidad esta que el derecho tarda un tiempo prolongado, y a nuestro juicio no prudente, en contemplar en su articulado con el objeto de arribar por medio de este a una solución. Este razonamiento que realizamos es aplicable al tema en cuestión que hemos planteado, ya que la ley no es la que en forma específica mediante una norma expresa nos proporciona la respuesta en cuanto a si procederá o no aquella demanda que entable el cónyuge que se siente lesionado en sus derechos personales, en su esfera íntima, psicológica y espiritual por el accionar del otro esposo.

Por todo lo expuesto es que mediante el desarrollo de este trabajo trataremos de dilucidar sobre la procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial que genera la extinción del vínculo matrimonial mediante la figura del divorcio, tomando en consideración para hacerlo las distintas clases de afecciones que pueden sufrir los cónyuges en este contexto de la vida en que les toca afrontar, es así como se dice, que la admisión del divorcio frustra un proyecto de vida sustentado en el

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

matrimonio y en la familia unida; y no solo esto sino que también el sujeto pierde la compañía y asistencia espiritual del cónyuge, se ve privado además de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el esposo 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 estas aflicciones especialmente sentida para este cónyuge sobre la pérdida de su pareja cuando el mismo no tenía en miras que se disolviera su matrimonio; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa. Es así como de ahora en mas dejaremos de lado la concepción del daño moral el cual incidía solo sobre la esfera afectiva o emocional del sujeto, y pasaremos hablar de daño extrapatrimonial el cual tiene un alcance mayor atendiendo a la persona en forma íntegra alcanzando hasta los daños que afectan el sentido mismo de la existencia de la persona, contemplando así el daño psicológico, a las relaciones sexuales, a la vida social, a la estigmatización, al proyecto de vida y demás situaciones que se puedan contemplar dentro de este.

También cabe destacar que una vez que analicemos todas las consideraciones que hemos vertido con anterioridad como así también otras varias que surgirán en el devenir de la narración y desarrollo, trataremos de esbozar en un capítulo específico una solución apropiada a nuestro criterio que dependerá solamente de nuestro razonamiento el cual surgirá claramente de todo lo que analizaremos, leeremos e interpretaremos como corolario de la realización de este trabajo.

No podemos dejar de mencionar y adelantar que nos encontraremos dentro de esta problemática con la existencia de distintas posturas dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia que hacen todas a tratar de establecer la solución más apropiada según ellos al problema que nos aqueja en esta oportunidad, diremos que se encuentran aquellas a favor de la procedencia de estos daños y otras en contra las cuales se fundamentan de diferente manera su forma de pensar y analizar el tema, las cuales tendrán su análisis y desarrollo oportuno en el capítulo especial de este trabajo.

Los invitamos entonces a emprender el viaje dentro de esta narración y que cada uno pueda sacar su propia conclusión una vez concluido el mismo, sea la misma en concordancia a no con la solución sugerida por nosotros. Buen viaje.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2. OBJETIVOS GENERALES-

- ¿Procede la indemnización en el Derecho de Familia, en especial como consecuencia del divorcio?
- ¿Cuál sería el tipo de daño patrimonial o extrapatrimonial?
- ¿Cuál sería la extensión del daño extrapatrimonial?
- ¿Cuáles serían las causales que harían procedente la indemnización y cuales no?

3. OBJETIVOS PARTICULARES-

- ❖ Análisis de la doctrina que se encuentra a favor de la indemnización por daños extrapatrimoniales y los argumentos esgrimidos para tal fin, dentro de esta postura se enrolan varios autores, nosotros tomaremos para desarrollarlos a la Dra. Medina, Graciela y la Dra. Méndez Costa, María.
- ❖ Análisis de la doctrina que se encuentra en contra de la indemnización por daños extrapatrimoniales y los argumentos que se han esgrimido a su favor, dentro de esta postura encontramos otros autores, pero para su desarrollo tomaremos a la Dra. Méndez Costa, María y a la Dra. Medina, Graciela.
- ❖ Análisis del Derecho Comparado y el trato que cada uno de los derechos plantea acerca de esta problemática en lo que respecta a su legislación, doctrina y jurisprudencia, en particular en los siguientes regimenes jurídicos:
 - Derecho Frances.
 - Derecho Romano,
 - Derecho Español.
 - Derecho Suizo.
 - Derecho Norteamericano.
 - Derecho Italiano.
- ❖ Análisis de la jurisprudencia del Derecho Argentino y comparado, la cual se ira citando oportunamente se considere dentro de los distintos temas que se vallan planteando.

4. METODOLOGÍA-

En cuanto a la metodología que se utilizó para realizar el siguiente trabajo, en primer lugar diremos que se trata de un Trabajo de Investigación Aplicada, en el cual lo que se pretende lograr es abordar el análisis de una problemática de la realidad que nos interese, una vez delimitado el problema, lo que se debe realizar, es una investigación que abarcara distintos ámbitos, desde el reconocimiento de las áreas del derecho en donde nos debemos inmiscuir, las consideraciones teóricas del derecho que deben adoptar, el plexo normativo que se va aplicar, como así también la realidad en que se vive la cual influye sobre el tema que se analice, la lectura de los antecedentes, la admisibilidad de la problemática en el derecho comparado, hasta llegar a realizar en base a todo lo analizado en el desarrollo del trabajo, una conclusión en la cual se pueda tomar algún tipo de posición sobre el tema en forma fundada por haberse realizado la investigación en forma correcta.

Es así como cada uno de los capítulos de este trabajo, plasman el paso lógico que se ha ido siguiendo a lo largo de la investigación para llegar a la realización de la conclusión, comenzando así por la introducción y delimitación del problema a tratar, con posterioridad nos desplazamos a lo que hace al marco teórico, este entendido como el marco legal o ámbito del derecho en donde nos moveremos en forma constante. Para así después recién adentrarnos en el tema en particular, comenzando con un capítulo, que hace alusión a las distintas posturas que nuestra doctrina ha tomado con respecto a este tema y los fundamentos esgrimidos para sostener las mismas. Pasando con posterioridad al análisis en sí de los distintos presupuestos que hacen que la responsabilidad civil se configure, y sea procedente el resarcimiento de los daños, todos estos extremos se encontraran analizados dentro del contexto de nuestra problemática. Desembocando así en el siguiente capítulo, el cual nos establecerá cuales son en sí los daños que se pueden dar como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, para así terminar con la investigación en el ámbito del derecho comparado, observando como a sido el tratamiento de esta clase de daños en distintos países. Y por último se tomara en la conclusión una posición fundamentada en base a todo lo que se ha visto a lo largo del desarrollo de este trabajo.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Para adentrarnos en las áreas específicas dentro de las cuales se desarrollara el tema elegido para la presente tesis, debemos de inmiscuirnos en primer lugar en el área del Derecho de Familia y con posterioridad en lo que hace al área del Derecho de Daños.

1. DERECHO DE DAÑOS-

Empezaremos por introducirnos en el campo del Derecho de Daños, conocido también este como la rama del derecho que estudia la teoría general de la Responsabilidad Civil. Tratando de conceptualizarlo seguiremos a los Drs. PIZZARRO Y VALLESPINOS, que nos dicen que la responsabilidad civil es “la *obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar a otro o del incumplimiento obligacional*”³. Sobre esta área del derecho diremos que para su realización se encuentra sistematizada en tres funciones distintas, cada una de ellas tiene un fin distinto, las cuales se encuentran vinculadas con la prevención, la reparación del daño y eventualmente, con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso.

Dentro estas tres funciones en lo que nos atañe a nosotros en nuestro trabajo, nos interesa en particular la función reparadora, a la cual se la ha asociado a lo largo de la historia con la esencia misma de la Responsabilidad Civil. La misma es entendida como aquella que nace cuando el daño ya ha sido causado o no puede ser evitado generando una obligación de reparación, teniendo en miras distintos tipos de fines en especial el reestablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso, y al mismo tiempo una exigencia de justicia y equidad⁴.

1.1 Principios-

Esta rama del derecho se encuentra regida por cinco principios fundamentales, los cuales surgen tanto de la normativa vigente como así también de la propia doctrina o jurisprudencia, los mismos son a decir de PIZZARRO Y VALLESPINO⁵:

³ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO, Obligaciones, Tomo II. 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Bs. As, 1999. p 462.

⁴ Véase, PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 462.

⁵ Véase, PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 466 - 467.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1.1.1. “Naeminen ladere”:

Este principio proviene del Derecho Romano y significa “*No dañar a nadie*”. Es una regla implícita que actualmente se encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, específicamente en nuestro derecho positivo se plasma en el Art. 19⁶ de la Constitución Nacional Argentina. Por medio de este principio se puede inferir que “*todo daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que medie alguna causa de justificación*”⁷.

1.1.2. Necesidad de factor de atribución:

Para que proceda la Responsabilidad Civil es indispensable la presencia de un factor de atribución, ya sea el mismo subjetivo (culpa o dolo) u objetivo (la teoría del riesgo, la garantía, la equidad, el abuso del derecho o el exceso a la normal tolerancia entre vecinos). Podemos concluir que se necesita de la presencia de “*un parámetro axiológico que justifique que la obligación de resarcir el daño sea atribuida al indicado como responsable*”⁸.

1.1.3 Principio de reserva:

Este principio se desprende del Art. 19⁹ de la Constitución Nacional y los Arts. 53¹⁰, 1066¹¹ y consecuentes del Código Civil, los cuales predicen que no hay deber, ni transgresión sin norma que lo imponga. Dicho principio trae como consecuencia la existencia de la atipicidad del ilícito (no existe un catálogo establecido por la ley de situaciones que se consideran ilícitas, solo parámetros con los cuales medir a ciertas acciones u omisiones) y no tipicidad, tal como sucede en el ámbito penal con los ilícitos, por lo tanto esto tiene especial importancia desde que todo daño se reputara antijurídico, salvo que medie causa de justificación.

⁶ **Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina:** “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”

⁷ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 467.

⁸ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 467.

⁹ **Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina.** Op. Cit.

¹⁰ **Art 53 del Código Civil.** “*Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.*”

¹¹ **Art 1066 del Código Civil:** “*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido x las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.*”

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1.1.4 Principio de prevención:

Por medio de este principio se sostiene que *“...toda persona tiene el deber de adoptar, en cuanto de ella dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud o gravedad.”*¹²

1.1.5 Principio de la reparación plena o integral:

Hace referencia a la razonable equivalencia jurídica que debe existir entre el daño y la reparación. Para que se produzca dicha razonabilidad se deberán tener en cuenta cuatro reglas fundamentales, las mismas son:

- ✓ El daño debe de ser fijado al momento de la decisión.
- ✓ La indemnización no puede ser inferior al perjuicio.
- ✓ La reparación no debe ser superior al daño sufrido.
- ✓ La operación debe formularse en concreto.

1.2 Orbitas de responsabilidad-

Nuestro Código Civil Argentino al igual que muchos códigos de su época, establece dos regimenes u órbitas distintas de Responsabilidad Civil, por un lado la llamada Responsabilidad Contractual, y por el otro, la llamada Responsabilidad Extracontractual o Aquiliana.

Siguiendo a PIZZARRO Y VALLESPINOS¹³ la diferencia de estas dos orbitas de responsabilidad radica en el carácter de la obligación violada, es así que tenemos:

La **responsabilidad contractual**, definida esta como aquella en donde se viola un deber preexistente, específico y determinado, en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera fuere su fuente. Por todo lo expuesto diremos que la misma posee un carácter específico, la que entra en juego a partir del incumplimiento de una obligación contractual (preexistente), cualquiera sea su fuente. Ante el incumplimiento¹⁴ y el nacimiento de la responsabilidad, surge de la misma una modificación en el objeto de la obligación el cual podrá ser sustituido por un resarcimiento pecuniario, o adicionado dicho resarcimiento al objeto anterior cuando esto fuere posible.

¹² PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 467.

¹³ Véase PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 469 - 470.

¹⁴ **Incumplimiento obligatorio:** el mismo existe toda vez que el deudor no ajuste su conducta al comportamiento debido, en virtud de una obligación preexistente.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

La **responsabilidad extracontractual**, es conocida como aquella por medio de la cual se ve violado es el *deber genérico de no dañar a otro*, dentro del cual se encuentra indeterminado los sujetos pasivos del mismo. Si debemos conceptualizarla diremos en primer lugar que tiene un carácter residual en relación con la contractual, esta va a proceder cuando lo que se viole sea el deber genérico de no dañar a otro. Ante el perjuicio causado acá nace o se crea una nueva relación jurídica, que tiene su fuente en la violación del deber.

Una vez establecidas estas dos órbitas de responsabilidad que surgen de nuestro Código Civil, a continuación nos centraremos en el análisis específico de la responsabilidad extracontractual y de sus presupuestos, ya que será el ámbito en donde gravitara la procedencia o no de la reparación del daño extrapatrimonial derivado del divorcio.

Si nos circunscribimos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, diremos que esta se encuentra fuera de la órbita del contrato y el incumplimiento de las obligaciones nacidas del mismo (responsabilidad contractual). Esta tiene como fundamento el Art. 1109 del Código Civil que en su letra predica: *“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, esta obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho Civil.*

*Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una mayor parte que la que le correspondiere podrá ejercer la acción de reintegro.”*¹⁵, se desprende de lo expuesto que en estos casos aunque el propio Código no establezca en forma expresa en ninguna norma dicha responsabilidad la misma procede.

1.3 Presupuestos de responsabilidad-

Existen distintos presupuestos que si o si deben darse, para que proceda la responsabilidad civil en general, y en este caso en particular en la órbita de la responsabilidad extracontractual, estos son, el daño causado, la antijuridicidad, la relación de causalidad entre el daño y el hecho (nexo causal) y por último el factor de atribución.

¹⁵ Artículo modificado en su párrafo segundo por la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1.3.1 Daño Causado-

El primero de los presupuestos que se tiene que dar es el daño, acorde lo establece BUSTAMANTE ALSINA se lo deberá conceptualizar como: “*el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral.)*”¹⁶. El Código Civil hace alusión a la necesidad de este presupuesto cuando en su letra el Art. 1066 nos dice “*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...*”.

De esta definición se desprenden las dos clases de daños que se pueden producir o presentar, el daño moral y el patrimonial.

1.3.1.1 Daño patrimonial-

El daño patrimonial surge del Art. 1068 del Código Civil que lo define de la siguiente forma: “*Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*”. Se destaca del propio concepto la idea esencial de que la apreciación pecuniaria del daño patrimonial, ya sea de un modo directo o indirecto, indefectiblemente se traduce en una pérdida económica, ósea en una disminución patrimonial o deterioro que siempre será apreciable en dinero¹⁷.

Para que este daño causado a otro sea resarcible tiene que cumplir ciertos requisitos, a saber:

1.3.1.1.1 Cierto:

Según PIZZARRO Y VALLESPINOS “*El daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud*”¹⁸. Ya sea actual o futuro, debe por lo tanto ser cierta la existencia del daño, o sea debe ser constatada para poder condenarse al pago de las indemnizaciones

¹⁶ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Abeledo - Perrot. Bs. As., 1997. p.169

¹⁷ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 170

¹⁸ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 649.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

correspondientes. Ya que la simple posibilidad de que ocurra un perjuicio, no autoriza a reclamar resarcimiento alguno.

1.3.1.1.2 Subsistente:

El daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido conforme lo establezca la sentencia. De lo dicho se desprende que “nadie *puede pretender que se lo repare de un perjuicio que ya ha sido resarcido, y por eso a desaparecido*”¹⁹.

1.3.1.1.3 Personal:

Según lo establece BUSTAMANTE ALSINA “*El daño debe ser propio de quien reclama la reparación, desde que nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro, aunque derive este del mismo acto ilícito que perjudicó a aquél*”²⁰. El daño puede ser dividido, en daño directo o indirecto; será directo cuando el acto lesivo recaiga sobre la persona o los bienes del propio damnificado, que es a la vez víctima del hecho; en cambio será indirecto, cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado (Ej: el reclamo de la viuda ante la muerte de su marido)²¹.

El daño personal, en cualquiera de las dos formas debe ser resarcido por el responsable de un acto ilícito. Así se lo establece en el Art. 1079 del Código Civil: “*La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.*”

1.3.1.1.4 Lesión a un interés legítimo:

El interés que se ve alterado por el daño, debe ser un interés que esté tutelado por la ley, y no puede ser cualquier clase de interés, ya que no basta con un interés de hecho sino que debe ser un interés jurídico alterado²².

El Art. 1069 del Código Civil establece: “*El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdida e intereses*”.

¹⁹ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 453.

²⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Abeledo - Perrot. Bs. As. 1997. p.173.

²¹ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op .cit. p. 173.

²² Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op .cit. p. 174.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

De lo expuesto podemos concluir que el daño patrimonial puede abarcar dos pérdidas o intereses distintos; uno de ellos es el daño emergente o daño positivo, ósea el perjuicio efectivamente sufrido a la persona en su patrimonio que se traduce en un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, sea por la ejecución del acto ilícito o por la inejecución de la obligación a debido tiempo. En segundo lugar podemos encontrar el lucro cesante o daño negativo, es decir la ganancia frustrada, aquello que el damnificado pudo percibir y no percibió a consecuencia del acto ilícito, ya sea la víctima del acto ilícito o el acreedor de la obligación por la falta del oportuno cumplimiento²³.

1.3.1.2 Daño moral-

Al daño moral se lo puede utilizar como sinónimo de daño extrapatrimonial o daño a la integridad espiritual. Esta clase de daño ha sido definido por varios autores de nuestra doctrina de diferentes maneras, según el DR.BUSTAMANTE ALSINA es *“la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afectaciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”*²⁴, a entender del Dr. BUTELER CÁCERES sería *“toda ofensa que hiere la sensibilidad moral de una persona y que aun cuando menoscabe derechos cualquiera siempre escapa a toda apreciación pecuniaria”*²⁵. Y por último para los Dres. PIZARRO Y VALLESPINOS sería *“una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial”*²⁶.

A lo largo de la historia de nuestra doctrina han sido muchas las teorías que surgieron con el fin de encontrar cual era el fundamento y naturaleza por la cual debía proceder la indemnización del daño moral y cual debía ser el alcance del mismo, algunas de estas son las siguientes:

²³ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 170.

²⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 237.

²⁵ BUTELER CACERES, José A. Manual de derecho Civil, Parte general. 2ª Edición Estudiantil, Editorial ADVOCATUS - Mediterránea, Cba, 2001. p 365.

²⁶ PIZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 641.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1.3.1.2.1 Teoría del resarcimiento:

Según esta teoría la reparación del daño moral no difiere de la del daño patrimonial, considera que los dos son especies del daño en general, por tal motivo la reparación en los dos casos cumple una función resarcitoria. Reparar un daño no siempre es volver las cosas al estado anterior ya que a veces resulta imposible. No obstante ello, el último fin del derecho de daños es tratar de dar a la víctima la posibilidad de procurarle a la misma las satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido. Debemos aclarar que el dinero no representa lo mismo en uno y otro daño, debido a que en el daño patrimonial el mismo cumple una función de equivalencia entre el daño y la reparación, mientras que en el daño moral la función del dinero es una compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones²⁷.

Esta sería la teoría más acorde al carácter resarcitorio que se le da a la reparación del daño moral en nuestro Código Civil después de la ley 17.711.

1.3.1.2.2 Teoría de la sanción ejemplar o represiva:

Esta teoría es avalada por una parte de nuestra doctrina, esta rechaza categóricamente la tesis del resarcimiento y se pronuncia a favor de la sanción ejemplar. El fundamento de lo mismo se encontraría no por el lado de la víctima sino por la del ofensor, estableciendo que no constituiría así un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Entendiendo que es inadmisibles e inmoral poner precio al dolor y los sentimientos íntimos, resultando siempre arbitraria la estimación en dinero del resarcimiento, no pudiéndose saber cuánto vale el dolor o el padecimiento en los distintos supuestos²⁸.

Podemos decir que la doctrina que se oponía al principio de la reparación del daño moral ha sido superada, aquella sostenía que resultaba inmoral que una persona especule con su propio dolor para obtener de esa manera una reparación en dinero. Sobre esta teoría y a favor de la admisión de la reparación el Dr. BUTELER CÁCERES nos dice lo siguiente: “*el derecho civil constituye el régimen integral de protección a la persona, el que no solo cuida de dispensarle efectivo amparo a los bienes materiales, a lo que tiene, sino también, y por ante todas las cosas, ese régimen civil procura amparar a la persona en lo que es en sí misma, y en lo que representa. De ahí, pues,*

²⁷ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 242 - 243.

²⁸ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 243 - 245.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

*que aun cuando la reparación en dinero sea de suyo imperfecta, siempre habrá de optarse por la reparación, antes que optar porque la ofensa que entraña el daño moral quede impune, quede sin ser reparada*²⁹.

En cuanto a la prueba debemos decir que solamente se podrá reparar aquel daño que pueda ser probado ante el juez. En lo que hace en especial al daño que nos compete en este trabajo, diremos que es muy difícil probarlo aunque no imposible, debido a que se debe probar la ofensa que se ha realizado sobre la sensibilidad moral de una persona y que resulta a veces inconmensurable. Por todo lo dicho se establece que quien alega la existencia de un daño moral sobre su persona, deberá de aportar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar el conjunto de presupuestos de la responsabilidad civil, para que el juez tome conciencia y se lo pueda convencer de la existencia del perjuicio y su entidad.

Después de la reforma que la ley 17.711 realizó sobre nuestro Código Civil, se observa una amplitud en el principio de reparación, esto hace que en todos los casos de responsabilidad extracontractual, cualquiera fuese el acto ilícito del que provenga, ya sea delito o cuasidelito, es necesario no solo establecer el resarcimiento de los daños patrimoniales, sino que también se requiere la reparación del agravio moral que pudo haber sufrido la víctima de los menoscabos.³⁰

1.3.1.3 Daño extrapatrimonial-

Cuando hablamos de distinguir los daños en patrimoniales o extrapatrimoniales, las diferencias entre ambos radica en la índole patrimonial o no patrimonial del interés que se ve afectado por el daño, ósea que nos centramos en los resultados del daño, y no en la naturaleza de los bienes atacados o derechos afectados, si en cambio tendríamos en cuenta esta última referencia, estaríamos en presencia de otra clase de clasificación de los daños, diríamos que los mismos pueden ser o bien como daños morales o como patrimoniales³¹.

Concluimos que si el daño ocasionado recae sobre un bien jurídico, cualquiera sea este, y repercute de esta manera en el patrimonio del afectado sobre un interés legítimo, estaremos frente a un daño patrimonial conforme el interés que se encuentra

²⁹ BUTELER CACERES, José A. Op. Cit. p 366.

³⁰ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. P 521.

³¹ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 245.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

afectado; en tanto que si el daño recae sobre un bien cualquiera (patrimonial o no) y repercute en la persona del afectado sobre un interés jurídico no patrimonial³², para este caso el daño será extrapatrimonial o daño moral.

1.3.1.4 Reparación del daño-

En cuanto a la consistencia de la obligación de reparar el daño causado injustamente a un tercero, el Art. 1083³³ del Código Civil establece que la misma debe ser de la siguiente manera: *“El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas al estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijara en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”*.

De este artículo se desprende que la indemnización en primer lugar debe de ser en especie, entendida esta como la reposición de las cosas a su estado anterior, como si nada hubiese ocurrido, es decir, deshacer lo que está mal hecho, rehacerlo o hacerlo de nuevo; pero establece que si es imposible volver las cosas al estado anterior o que esto implique la pérdida de su valor económico, el daño se deberá reparar no ya en especie sino en forma pecuniaria o dineraria. En la última parte se deja abierta la posibilidad al propio damnificado de que opte por lo que a él más le convenga, ósea que podrá optar por la indemnización dineraria antes que la de especie, con independencia de que no sea procedente la última indemnización mencionada.³⁴

1.3.2 Antijuridicidad-

Otro de los presupuestos que se requiere para configurar la responsabilidad, es la antijuridicidad entendida ésta como un sinónimo de ilicitud, un acto será reputado por lo tanto como antijurídico cuando resulte contrario al ordenamiento jurídico.

Cuando hacemos referencia a un acto este debe de ser entendido como una conducta humana, la misma puede ser positiva o negativa, la realización del acto puede llegar a producir o provocar un resarcimiento en el mundo exterior como consecuencia de los daños que pueda ocasionar.³⁵

³² **Interés jurídico no patrimonial:** es definido como la incolumidad del espíritu o de los sentimientos.

³³ Artículo sustituido por la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968.

³⁴ Véase BUTELER CACERES, José A. Op. Cit. P 364.

³⁵ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 113 - 114.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Existen dos clases de antijuridicidad, por un lado se encuentra la formal, identificada específicamente con la ilegalidad, es decir que existe antijuridicidad cuando el acto es violatorio de una norma jurídica imperativa o prohibitiva. Este criterio tiene su fundamento en el Art. 1066 del Código Civil que establece: “*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*”, como así también en el Art. 19 de la Constitución Nacional del cual se desprende que todo lo que no esté expresamente prohibido está permitido.

Mientras que la otra clase de antijuridicidad es la sustancial, esta deja de confundirse con la ilegalidad, y se entiende ya en un sentido mucho más amplio, comprendiendo todas las prohibiciones por implicancia, es decir aquellas que se desprenden de los principios fundamentales del derecho, la moral y las buenas costumbres. En síntesis se toma al ordenamiento jurídico en su integridad.

Tenemos que aclarar que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por el principio **Alterum non laedere**, todo acto u omisión que cause un daño a otro se presume antijurídico, salvo que medie alguna causa de justificación.

1.3.3 Nexo causal-

El siguiente de los presupuestos de la responsabilidad, uno de ellos hace a la existencia de una relación de causalidad o nexo causal, que se debe dar entre la acción humana y el resultado dañoso. A entender del Dr. BUSTAMANTE ALSINA “...*el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye u producción.*”³⁶, concluimos que es el enlace material entre el hecho antecedente y un resultado, el daño.

Siguiendo el mismo autor “...*la adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto, o sea a lo que es previsible para un hombre medio dotado de una inteligencia normal. Lo que para la mentalidad del hombre medio tiene aptitud o idoneidad para producir una cierta consecuencia, constituye la causa de esta, o sea, existe entre aquel hecho u este resultado una adecuada relación de causalidad.*”³⁷

Por lo expuesto debemos decir que nos encontramos ante una clasificación de las distintas consecuencias que puede desencadenarse del obrar dañoso de la

³⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 267.

³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 272.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

persona en un caso en concreto, para realizar una breve síntesis de estas tomaremos las palabras del Dr. BUSTAMANTE ALSINA³⁸:

1.3.3.1 Consecuencias inmediatas:

Son aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se encuentran contempladas en el Art. 901³⁹ del Código Civil. La inmediatez no proviene de la cercanía temporal o espacial con el hecho generador, sino de la existencia de una cadena causal que liga al hecho que la produce de una manera directa e inmediata, sin conexión con otro hecho. Exige una previsibilidad, entendida esta como la necesaria representación en la mente de un hombre normal por la fuerza de una experiencia constante y regular, de dicha consecuencia. Siempre van a ser susceptibles de resarcimiento e imputables al autor.

1.3.3.2 Consecuencias mediatas:

Aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, están establecidas en los Arts. 901⁴⁰ y 904⁴¹ del Código Civil. El vínculo entre el hecho generador y la consecuencia no es directo, sino que en la cadena causal interviene otro hecho que coadyuva a que se produzca la consecuencia dañosa.

En cuanto a la imputación y posterior resarcimiento de las mismas, solo procederán cuando el autor hubiera previsto o hubiera podido preverlas en abstracto empleando la debida atención (como un hombre normal).

1.3.3.3 Consecuencias Casuales:

Si bien son consideradas como consecuencias mediatas desde el punto de vista de su conexión causal con el hecho generador, debemos decir que su característica principal es que no se pueden preveer, a diferencia de las mediatas.

³⁸ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p.

³⁹ **Art. 901 del Código Civil:** “Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código “consecuencias inmediatas”...”

⁴⁰ **Art 901 del Código Civil:** “... Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”...”.

⁴¹ **Art. 904 del Código Civil:** “Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.”

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Estas se encuentran contenidas en los Arts 901⁴² y 905⁴³ del Código Civil. Escapan a toda forma de previsibilidad normal en cuanto a los hechos que las generan, ya que operan en forma sobreviniente e inesperada en el proceso causal.

Como regla general no van a ser imputables y por lo tanto tampoco resarcibles, salvo que el autor las haya previsto de manera concreta, en función de las circunstancias del caso y haya actuado teniendo en miras ese resultado.

1.3.3.4 Consecuencias Remotas:

Se encuentran contempladas en el Art. 906⁴⁴ del Código Civil, son aquellas que no tuvieron ningún tipo de relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Según el Dr. BUSTAMANTE ALSINA las mismas se pueden considerarse “...*también mediatas, pero se hallan de tal modo alejadas del hecho considerado que por ello mismo no pueden preverse. La concurrencia en la relación causal de numerosos hechos antecedentes quita eficacia al hecho considerado, y debilita a tal punto su eficiencia que no puede normalmente sostenerse que sea la causa adecuada de esa remota consecuencia*”⁴⁵.

Estas nunca son imputables al autor del hecho generador, por lo tanto tampoco son resarcibles.

1.3.4 Factor de atribución-

El último de los presupuestos necesarios para establecer la responsabilidad civil, y que de este modo sea procedente el resarcimiento del daño causado, es el factor de atribución, definido como “...*el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencia dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona*”⁴⁶. La importancia de este presupuesto radica en que a partir de él se determina la responsabilidad de una persona determinada y su extensión. Del mismo existen dos clases que a su vez dentro de cada uno contienen varios casos:

⁴² **Art. 901 del Código Civil:** “... *Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.*”

⁴³ **Art. 905 del Código Civil:** “*Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho*”

⁴⁴ **Art 906 del Código Civil:** “*En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.*”

⁴⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 274.

⁴⁶ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. . Op. Cit. p. 575.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1.3.4.1 Factores subjetivos de atribución-

Son aquellos que toman en cuenta la reprochabilidad de la conducta del sujeto ofensor, sea porque éste obró descuidadamente (con culpa) o porque lo hizo con intención de dañar a otro (con dolo).

Además el acto debe haber sido voluntario para que el mismo pueda ser tenido como presupuesto de culpabilidad. Tanto el dolo como la culpa son valoraciones de una conducta que supone previamente un análisis sobre la voluntariedad del acto que se ha ejecutado. Por todo ello es que podemos dividir en dos grados distintos la imputabilidad, a entender del Dr. BUSTAMANTE ALSINA “...*imputar es atribuir a una persona la autoría de un hecho y sus consecuencias. Reservándose la expresión “imputabilidad” para referirnos a la autoría moral de un hecho, lo que supone un comportamiento humano voluntario al que se le asigna un resultado mediante un juicio de valor acerca de la conducta*”⁴⁷.

Con el primer grado de imputabilidad hacemos referencia al establecimiento en cada caso sobre si el incumplimiento del deudor o la violación de la ley han sido el resultado de un obrar inteligente y libre, ósea que el acto haya sido ejecutado con discernimiento⁴⁸, intención⁴⁹ y libertad⁵⁰; mientras que el segundo grado de imputación

⁴⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 329.

⁴⁸ “Entendemos que discernimiento no es otra cosa que el discernir en potencia, esto es, la aptitud de discernir, lo que Freitas también llama la aptitud general de conocer. Esa aptitud que nos permite tener conciencia cabal de nuestras propias acciones, de su conveniencia e inconveniencia, de su bondad o maldad, de su licitud o ilicitud, esa aptitud es lo que se llama discernimiento. Recalcamos: es el discernir en potencia, en cuanto facultad de que esta dotado el ente de razón mentalmente sano y que ha logrado cierto grado de desarrollo. La expresión muy difundida dice: “uso de razón,” vale decir, facultad de *discurrir*”. BUTELER CACERES, José A. Manual de derecho Civil, Parte general. 2ª Edición Estudiantil, Editorial ADVOCATUS - Mediterránea, Cba, 2001. p. 202.

⁴⁹ “Freitas nos dice: “La intención es el discernimiento aplicado al acto de que se trata”. Nosotros, parafraseándolo, decimos que la intención es el discernir en acto, por oposición al discernimiento, que es discernir en potencia. El haber discernido en el caso concreto, el haberse representado todos los motivos determinantes de la acción, el haber tenido conciencia cabal de lo que se hacía, eso se llama intención en el lenguaje del Código Civil...”. BUTELER CACERES, José A. Manual de derecho Civil, Parte general. 2ª Edición Estudiantil, Editorial ADVOCATUS - Mediterránea, Cba, 2001. p 205.

⁵⁰ “En la libertad, otro de los términos de la trinidad que condiciona la voluntariedad de los actos, cabe distinguir dos aspectos: lo que llamamos libertad moral o libre albedrío, y libertad física.

La libertad moral es la espontaneidad en la determinación adoptada por la persona, sin que influjo extraño pueda torcerla o desvirtuarla.

La libertad física es el poder material de hacer lo que de antemano hemos resuelto hacer, o bien, de abstenernos de hacer lo que de antemano hemos resuelto no hacer”. BUTELER CACERES, José A.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

tiene que ver con que, una vez comprobada la voluntariedad del acto es necesario formular un juicio ético o reprochabilidad de la conducta querida por el autor en relación a su deber específico de cumplir la obligación, sea contractual o legal⁵¹.

Debemos hablar de culpabilidad, o lo que en el derecho civil de “**culpa lato sensu**”, como aquella que comprende al dolo y a la culpa propiamente dicha. Solo se podrá predicar la reprochabilidad de la conducta (dolo o culpa) a quienes son sujetos imputables.

1.3.4.1.1 Culpa-

En una primera aproximación diremos que según el Dr. BUTELER CÁCERES citando el mismo a ENNECCERUS, definiremos a la culpa de la siguiente manera: “...*hay culpa cuando se omite la diligencia requerida por el tráfico, la que si se hubiera observado, habría evitado un resultado contrario a derecho que no se quiso*”⁵².

En el contexto del Código Civil y conforme al autor anteriormente citado se la puede definir como, “...*la imprevisión de un resultado dañoso previsible que pudo preverse y evitarse, si se hubiese obrado con la diligencia requerida por las circunstancias*”⁵³.

Si analizamos las normas del Código Civil diremos que el concepto de culpa se desprende del Art. 512 del Código Civil “... *la omisión de aquellas diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de persona, tiempo y lugar*”, si bien este artículo se encuentra dentro del ámbito del incumplimiento obligacional, el concepto de culpa que contiene puede ser trasladable al ámbito de los actos ilícitos extracontractuales sin ningún problema.

Debemos destacar algunas características de esta definición a tener en cuenta, una de ellas es la ausencia de intención maliciosa en el obrar humano, la omisión de la conducta debida o de las diligencias necesarias que debieron ser realizadas, ya sea la misma una acción o una omisión, con el fin de prever o evitar un daño a otro. Por medio de la caracterización de la intención maliciosa o maléfica que tuvo en miras el autor a la hora de realizar los actos, es que se podrá separar al dolo de la culpa, ya que en este último se requiere de la intención deliberada de querer causarle un daño a otro.

Manual de derecho Civil, Parte general. 2ª Edición Estudiantil, Editorial ADVOCATUS - Mediterránea, Cba, 2001. p 205.

⁵¹ Véase PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 604 - 605.

⁵² BUTELER CACERES, José A. Op. Cit. p .301.

⁵³ BUTELES CACERES, José A. op. Cit. p. 361.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

La omisión de conducta debida por la persona puede presentarse de dos maneras distintas en el mundo exterior, o bien como un no hacer lo que se debía hacer, o como una ejecución de lo que no debió realizarse para que se pudiera impedir la producción del resultado dañoso. La imputación de la acción a título de culpa a una persona consta de dos elementos o momentos. El primero de ellos hace referencia a la valoración de la conducta o comportamiento humano, por medio del cual se debe realizar un juicio acerca del reproche a la persona que actúo, para saber si existió o no culpa; en cambio el segundo hace referencia al juicio propiamente dicho de reproche, que tiene como fin realizar la valoración de cuan diligente o prudente fue la persona que se pretende imputar a la hora de realizar su comportamiento, previendo las posibles consecuencias dañosas.⁵⁴

Entendiendo a la culpa como el obrar negligente de una persona la misma podrá manifestarse de diferentes maneras en la realidad, según sea la clase de omisiones que realice el autor así lo establecen los Dres. PIZZARRO Y VALLESPINOS⁵⁵ la culpa puede derivar de:

- ✓ Negligencia: Recae sobre la idea de previsibilidad de la conducta del sujeto, quien o bien al accionar no previó lo que se podía preverse, o bien habiéndolo previsto no pudo adoptar las diligencias necesarias para evitar que se produzca el daño. Por lo general en la realidad estas son siempre conductas omisivas, aunque siempre requieren de algún tipo de actividad por parte del autor con el fin de tomar todas las precauciones necesarias para que no se produzca el daño. Contrario sensu podemos definir que quien realiza de manera positiva estas conductas esta obrando de forma diligente.
- ✓ Imprudencia: Se trata de un actuar positivo precipitado o inflexible por parte del autor de la conducta, quien no previene las posibles consecuencias dañosas que se pueden suscitar en un futuro; contrario sensu quien actúa con prudencia lo hace con cautela y previsibilidad de los daño que se pueden ocasionar.
- ✓ Impericia: Entendida como aquella “...*incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte*”⁵⁶, en si es obrar en desconocimiento de las reglas que rigen cierta actividad para su desarrollo.

Para apreciar cuando una persona ha incurrido en un obrar culposo, conforme se desprende de nuestro Código Civil como así también del texto del Dr.

⁵⁴ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 338.

⁵⁵ Véase PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 613.

⁵⁶ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 613.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

BUSTAMANTE ALSINA⁵⁷, diremos que será la persona del juez quien se ocupe de atribuir a una persona que su obrar fue culposo mediante su imputación, una vez que haya meritados todas las circunstancias que rodean al caso concreto, determinando si con su accionar la persona ha incurrido o no en dicha culpabilidad, para dar cumplimiento a tal fin es que el juez debe seguir los siguientes pasos:

- ✓ Debe tener en cuenta la naturaleza de la obligación o del hecho que se realice, como así también las circunstancias de la persona, tiempo y lugar.
- ✓ Posteriormente deberá observar y detenerse únicamente en las condiciones personales propias del agente, estableciendo así la relación entre el mayor o menor deber de previsibilidad que se le imponga al autor debido a las circunstancias en donde se actúa. Es así como el Art. 902 del Código Civil dispone que: *“Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”*.
- ✓ Una vez concluido con los dos pasos anteriores, será el juez quien deba crear un tipo abstracto de comparación, el cual le permita establecer si el sujeto actuó o no como debía actuar en ese caso concreto con cuidado, pericia, diligencia, prudencia, etc.

1.3.4.1.2 Dolo-

Existe dolo cuando el agente o autor causa un daño a otro, queriéndolo causar. Esta noción de dolo se desprende del propio Código Civil según el Art. 1072 cuando en su letra nos dice que es el delito: *“El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código “delito”*”.

Cuando establecemos la necesidad de la intención de daño estamos haciendo referencia al llamado dolo directo, por el cual la acción del sujeto se dirige a causar el daño. Lo que importan es la actitud del actor hacia el resultado.⁵⁸

1.3.4.2 Factores de atribución objetivos-

En estos casos la atribución de las consecuencias del hecho dañoso no se encuentra relacionada con la imputación moral al sujeto de lo realizado, sino que la atribución se justificara con total independencia de la subjetividad del autor, es decir que la imputación al autor del hecho se realizara por medio de un criterio distinto al

⁵⁷ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 344.

⁵⁸ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 333.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

dolo y la culpa. Esta clase de factores objetivos son excepcionales en su aplicación, por lo que requieren si o si de la previsión expresa de una ley que los contemple para su aplicación.⁵⁹

De la ley se desprende taxativamente cuales son los factores objetivos de atribución que pueden ser tomados como tales con el fin de que proceda la responsabilidad civil, los mismos son:

1.3.4.2.1 La garantía-

La garantía entendida como un factor de atribución dentro de la orbita de la responsabilidad extracontractual, se configura cuando un sujeto brinda a un tercero la seguridad de que si se produce un daño este afrontara el resarcimiento de los daños causados. Un ejemplo: es la responsabilidad que se genera del principal por sus dependientes y auxiliares (Art. 1113⁶⁰ Código Civil). Si trasladamos este factor de atribución a la orbita de la responsabilidad contractual, debemos decir que el mismo se encontrara bajo la denominación de la obligación de seguridad.⁶¹

Según el Dr. BUSTAMANTE ALSINA⁶², para que se configure este factor de atribución se requiere que concurren tres requisitos fundamentales:

- ✓ Una relación de dependencia: Esta debe existir entre quien realiza la conducta dañosa y quien deberá responder ante el tercero por la misma. Esta relación es el vínculo de subordinación que se establece entre el principal y el autor del ilícito. Lo que interesa es determinar que su accionar, haya dependido de una autorización para obrar emanada del principal, con total independencia de que el vínculo surja, o de un contrato o de las propias circunstancias.
- ✓ En ejercicio de la función: El deber de garantía del principal solo se extenderá a los daños que se pudieren ocasionar, siempre que el dependiente este realizando o cumpliendo con la actividad que fue establecida con anterioridad por el principal, es decir que el daño se debe producirse, en ocasión o con motivo de sus funciones.

⁵⁹ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 381.

⁶⁰ **Art. 1113 del Código Civil:** “*La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado...*”

⁶¹ Véase PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 629.

⁶² Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 387.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

- ✓ Realización de un acto ilícito por parte del subordinado: Es necesario que la persona que se encuentra subordinada al principal, sea la misma persona que el responsable, es decir que el mismo haya obrado con culpa o dolo.

1.3.4.2.2 El riesgo-

Este factor de atribución tiene sus raíces en el Derecho Francés de fines del Siglo XIX. Dentro del nuestro derecho no fue unánime la explicación de cómo surge la responsabilidad civil por aplicación del riesgo (factor de atribución), por tal motivo se han esgrimido diversas líneas de pensamientos, con el objeto de establecer esta relación.⁶³

- ✓ Teoría del riesgo creado: Para esta línea de pensamiento según los Dres. PIZZARRO Y VALLESPINOS, “...*quien es dueño o se sirve de cosas o realiza actividades, que por su naturaleza o modo de uso generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan*”.⁶⁴
- ✓ Teoría del riesgo beneficio: No se debe responder por cualquier riesgo que se haya creado, sino que solamente deberá de responderse por aquellos daños, en base a los cuales la persona haya alcanzado un beneficio por su consumación. La responsabilidad sería la compensación por el beneficio obtenido por la persona, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, respondiendo por el hecho de haber creado el riesgo.
- ✓ Teoría del acto anormal: La idea contemplada por esta teoría puede resumirse según las palabras vertidas por los Dres. PIZZARRO Y VALLESPINOS en su obra titulada “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones” de la siguiente manera: “...*quien incorpora a la comunidad un riesgo, no debe responder objetivamente por todas las consecuencias perjudiciales que deriven del mismo, sino por aquella de carácter excepcional que resulten de una actividad fuera de lo normal*”⁶⁵. Establecer cuando un acto es normal o no es difícil, para algunos doctrinarios esta diferenciación tiene que ver con la idea de culpa, estableciendo así si el actor obro o no con imprudencia, negligencia o impericia.

A decir de los Dres. PIZARRO Y VALLESPINOS, la teoría que adopta nuestro Código por medio del Art. 1113 del Código Civil, es la del riesgo creado, esto se

⁶³ Véase PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 627

⁶⁴ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 628

⁶⁵ PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 628.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

visualiza cuando en el artículo se establece “... *En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*”. Por lo que se podrá concluir que la persona que introduzca a la sociedad un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente, sin importar que la persona salga o no beneficiada con el riesgo que se creo.⁶⁶

Se desprenden por lo tanto del Art. 1113 del CC, el siguiente esquema de posibilidades por las cuales se causan distintas clases de daños:

Por medio de las cosas inanimadas:

- ✓ *Daños causados con las cosas:* En donde el factor de atribución va a ser subjetivo.
- ✓ *Daños causados por el riesgo o vicio de la cosa:* La responsabilidad va a ser objetiva, por lo que se puede presumir la culpa en base a que se ha creado un riesgo por medio de la cosa. De esta responsabilidad solamente podrá eximirse cuando se pruebe, o bien la culpa de la víctima, o la culpa de un tercero por el cual no debía responder, o un caso fortuito o fuerza mayor o por haber usado la cosa contra la voluntad del dueño o guardián.

Por medio de los animales: En este caso el dueño o guardián del animal, será responsable cuando el sea domestico o feroz.

1.3.4.2.3 La Equidad-

Se puede establecer que la equidad como factor de atribución, es apta para imponer a un sujeto determinado el deber de responder por el daño causado, con la particularidad que no cualquier sujeto podrá ser responsable mediante su imputación por medio de este factor de atribución, sino que el mismo debe de reunir una característica esencial, debe ser inimputable en razón de carecer de voluntad, ya sea porque actúo sin discernimiento, intención o libertad. Esto se encuentra establecido en la letra del Art. 907 del Código Civil, a partir de la reforma introducida al Código por la ley 17.711, el cual nos dice: “*Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización*”

⁶⁶ Véase PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 628

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.”

Este es un factor objetivo de atribución, debido a que se prescinde de la culpa para atribuir la responsabilidad al sujeto, desde que no podemos considerar como culpable a quien no es capaz en cuanto a su voluntad, por no ser el mismo apto para determinar sus comportamientos.⁶⁷

Del análisis del artículo dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, diremos que, la regla en el Código Civil es la irresponsabilidad por los hechos involuntarios, entendidos estos como aquellos que se han causado sin discernimiento, intención, ni libertad. Pero debemos tener en cuenta que a partir de este Art. 907, se instituyen dos excepciones a la regla: la primera de ella contemplada en el primer párrafo del citado artículo, que tiene su fundamento en el *principio del enriquecimiento sin causa*, por lo que solamente se responderá si el autor del hecho involuntario se hubiera enriquecido con el daño, y solo en la medida de su enriquecimiento. Y la segunda de las excepciones se encuentra en el segundo párrafo del artículo, y fue introducida por la ley 17.711, tiene como base una *indemnización de equidad*, se predica que los jueces pueden disponer a favor de la víctima una indemnización, fundando la misma en razones de equidad, y también tomando en cuenta el patrimonio del autor del hecho como así también la situación principal de la víctima.⁶⁸

1.3.4.2.4 El abuso del derecho-

Con la reforma al Código Civil introducida por la ley 17.711, se incorporada en el nuevo Art. 1071 la teoría del abuso del derecho. La letra de este artículo reza: “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”.

⁶⁷ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 461.

⁶⁸ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 462 - 463.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Así surge otro de los factores objetivos de atribución, que al igual que el resto de ellos, funciona con total independencia de la culpa de quien ejerce su derecho en forma abusiva. Un acto se convertirá en ilícito, cuando el juez una vez realizada la valoración del mismo a la luz de una concepción abstracta, establezca que el acto realizado, es o bien contrario a los fines para los que el derecho fue instituido, o que ataca a la moral y las buenas costumbres o simplemente que excede los límites de la buena fe.⁶⁹

1.3.4.2.5 El exceso de la normal tolerancia entre vecinos-

Se encuentra establecido en el Art. 2618 del Código Civil, el cual fue modificado por la ley 17.711, y dice: *“Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esa disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitara sumariamente”*.

El fundamento de este factor de atribución y de la responsabilidad que nace de el, ha sido controvertido dentro de la doctrina estableciéndose así diversos fundamentos. Para algunos autores el fundamento radica de la aplicación pura y simple de la culpa, debido ha que el propietario posee el derecho de usar libremente de su derecho de propiedad, siempre y cuando que por su uso no cause un perjuicio a otro, sino deberá pagar una indemnización por aquellos daños que resulte de su comportamiento culpable.⁷⁰ Para otros autores el fundamento de este factor descansaría en el abuso del derecho. Mientras que para otros establece el Dr. BUSTAMANTE ALSINA en su libro la responsabilidad surgiría de la teoría de la intromisión, *“Tal vez parezca mas apropiada la teoría de la intromisión. Hay un principio en las fuentes romanas que constituye su fundamento y que es que a cada uno le es lícito hacer en el propio fundo cuanto le plazca, con tal que no se verifique intromisión en el fundo ajeno.”*⁷¹

⁶⁹ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 470.

⁷⁰ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 473.

⁷¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 474.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

No importa cual sea el fundamento que se adopte, lo importante es saber que este factor de atribución siempre deberá ser determinado por el juez en cada caso en particular apreciando esta realidad, en base al criterio de razonabilidad de lo que debe o no tolerarse, además de tener en cuenta no solo las condiciones del lugar, sino también las exigencias en cuanto a la producción, el respeto debido en el uso regular de la propiedad, y la prioridad en el uso de la misma.⁷²

2. DERECHO DE FAMILIA-

Para continuar con el análisis del marco teórico, en esta oportunidad debemos desplegar algunos conceptos básicos del ámbito del Derecho de Familia, los cuales van ha sernos útiles a la hora de tener que aplicar los mismos en la esfera del Derecho de Daños, con el objetivo de ligar ambas orbitas del derecho para logra darle una solución al tema que nos hemos planteado dilucidar en el presente trabajo, el cual hace referencia a la indemnización de los daños extrapatrimoniales que se originan a partir del divorcio, el cual trae aparejado como consecuencia inmediata la disolución del vínculo matrimonial.

Debemos definir en primer lugar que es el Derecho de Familia y cual es su ámbito de estudio, para que con posterioridad nos podamos adentrarnos en algunas de sus figuras como son el matrimonio y su regulación, como así también, el divorcio y las causales del mismo.

Esbozando una definición o concepto sobre que se entiende por Derecho de Familia en su integridad, diremos que según los Drs. ZANNONI Y BOSSERT”...*el derecho de familia esta integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares*”.⁷³

Cuando hablamos de relaciones jurídicas familiares estamos haciendo referencia, a todas aquellas relaciones que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputándole por medio de estas a los mismos deberes o atribuyéndoles correlativamente derechos, los cuales son interdependientes y recíprocos, para la realización de los fines o intereses familiares.⁷⁴

⁷² Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. p. 474 - 475.

⁷³ ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Manual de derecho de familia. 6ª Edición actualizada, 1ª reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As, 2005. p. 10.

⁷⁴ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 22-23.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Es así como a partir de ciertas relaciones o vínculos particulares, se crean sobre la persona distintos estados de familia, o lo que es lo mismo decir distintas ubicaciones o emplazamientos que le corresponden a un individuo dentro de una familia determinada; emplazamiento que va a surgir de los vínculos jurídicos familiares que lo unen al individuo con otras personas, o sino por ausencia total de esos vínculos. Dicho emplazamiento genera en la cabeza de esa persona, un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos, atribuidos a ella, que configuran ese determinado estado de familia.⁷⁵

El estado de familia es un atributo que posee la persona, es por tal motivo que se establece que el mismo será inescindible e inalienable para la persona que lo inviste. Tomando lo que nos dicen los Drs. ZANNONI Y BOSSERT⁷⁶ podemos establecer distintos caracteres sobre el estado de familia; con el primero de ellos hacemos referencia a la **Unidad**, estableciendo así que el estado de familia es único y abarca la totalidad de vínculos jurídicos que puede tener una persona en relación con las demás, sin tener en cuenta el origen de las mismas; otro carácter es la **Universalidad** estableciendo así que dentro del mismo se encuentran comprendidas todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen origen en las distintas figuras e institutos de esta esfera del derecho. También decimos que es **Indivisible** el estado de familia, esto es así ya que la persona ostenta al mismo frente a su propia familia como así también erga omnes, ósea frente a todos, no habiendo así división del estado dependiendo del lugar en donde se encuentre la persona. Siguiendo con los caracteres debemos hablar de la **Oponibilidad**, esto hace a la posibilidad que tiene la persona de oponer el estado que ostenta y los derechos que de él deriven en sede judicial, ante aquellos que pretendan desconocer la pertenencia del estado sobre esa persona. A su vez se caracteriza por la **Estabilidad o Permanencia**, con eso hacemos alusión a que las relaciones jurídicas familiares que nazcan o sean creadas no podrán ser modificadas, ni alteradas por la autonomía de la voluntad de las partes, esto no quiere decir que las mismas no sufran modificaciones o se extingan, solo que para que esto suceda es necesario o bien la intervención de la ley o de una autoridad competente que las realice. Otra carácter es la **Inalienabilidad** así decimos que no es disponible el estado de familia para la persona que lo posee, con el fin de realizar con él alguna clase de negociación, ya que éste no puede ser ni modificado, ni alterado, ni cedido, ni

⁷⁵ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 25.

⁷⁶ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 26-28.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

trasmitido, ni renunciado por la propia voluntad de la persona que lo ostenta frente a un tercero. Como último carácter debemos mencionar la *Imprescriptibilidad*, con este nos referimos a que por el transcurso del tiempo no se vera alterado ni el estado de familia, ni los derechos que de el surjan, pero debemos aclarara que una cosa es la imprescriptibilidad del estado, y otra cosa muy distinta es la caducidad que posee la acción de estado, la que si se encuentra sujeta a plazos establecidos en la ley para su presentación.

2.1 Matrimonio-

Centrándonos en la concepción clásica al concepto de matrimonio, se lo debía establecer acorde a lo que se puede apreciar de lo que esbozan los Drs. ZANNONI Y BOSSET⁷⁷ en su libro como, la unión de hombre y mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones reciprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia. Pero cabe aclarar que a partir de la reciente reforma establecida por la ley 26.618 a nuestro Código Civil Argentino, se les esta permitido contraer matrimonio a personas del mismo sexo, alterando así el concepto clásico de diversidad de sexos. Por esta cuestión se debe tener presente que de acá en mas, todas las disposiciones del presente ordenamiento jurídico, serán aplicadas también a las relaciones jurídicas que nazcan de estas personas que contraigan matrimonios, esta reforma se ve plasmada en la parte del nuevo Art. 172⁷⁸ del Código Civil que nos dice”...*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo...*”

El matrimonio es un acto jurídico bilateral conforme se desprende del Art. 946⁷⁹ del Código Civil, por lo que requiere para su constitución que el consentimiento sea expresado por parte de ambos contrayentes, así lo establece el Art. 172 del Código Civil, cuando nos dice: “*Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.*”

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

⁷⁷ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 75-76.

⁷⁸ Artículo modificado por la Ley N° 26.618 B.O.22/07/2010.

⁷⁹ **Art 946 del Código Civil:** “*Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requiere el consentimiento unánime de dos o mas personas*”.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”.

Además del consentimiento de los esposos, se desprende del artículo mencionado con anterioridad, que el acto debe integrarse con la actuación constitutiva del oficial público encargado del Registro Civil o de la autoridad competente para celebrar el matrimonio (el cual es un acto administrativo), con el fin de que el mismo haga efectivo un control de legalidad o de legitimidad en nombre del Estado Nacional, por esto concluimos que se requiere para el perfeccionamiento de la celebración del matrimonio, la concurrencia de dos requisitos anteriormente mencionados.⁸⁰

Una vez celebrado el matrimonio según todos los recaudos legales necesarios, se debe decir que surge de la celebración una relación jurídica matrimonial, que se traduce en el nacimiento de derechos y deberes interdependientes y recíprocos para ambos cónyuges; como así también el estado de familia entre ambos, el cual podrá ser oponible tanto entre ellos, como así también frente a terceros, a los efectos de ser reconocida la unión que engendra las prerrogativas, y potestades que son establecidas por la ley.

2.1.1 Deberes - Derechos recíprocos entre ambos cónyuges-

En el marco del Art. 198⁸¹ del Código Civil, se establecen algunos de los deberes que deben cumplir cada uno de los cónyuges para con el otro mientras dure el matrimonio, ósea son recíprocamente debidos entre ellos, estos son, el deber de fidelidad, cohabitación y asistencia.

2.1.1.1 Deber de fidelidad-

El concepto de fidelidad es discutido, tanto en lo que respecta a su amplitud o contenido, como así también en su conceptualización ya que se han esbozados muchas definiciones hacer de la misma, lo que no se encuentra en tela de juicio es que la misma constituye un deber que tiene cada uno de los cónyuges para con el otro. Esto lleva a que cada uno de los contrayentes deba realizar ciertos actos o tan solo comportarse con una conducta inequívoca ante la sociedad, que se traduce en una

⁸⁰ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 74-75.

⁸¹ **Art. 198 del Código Civil:** “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.”

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

abstención de mantener cualquier clase o tipo de relaciones, que cree o establezca una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad o imagen del otro esposo.

Este deber es sí contempla dos aspectos, uno positivo que se plasma en el derecho que poseen los cónyuges entre sí, de mantener y sostener con el otro relaciones sexuales, y por otro lado un aspecto negativo, que se encuentra integrado por el deber del cónyuge de abstenerse de relacionarse sexualmente con terceros, es de aquí donde deriva el débito conyugal.

Si debemos conceptualizar a este deber en forma amplia, debemos decir que el mismo, es integrativo tanto de lo que se establece como fidelidad moral como así también física. La infidelidad moral se producirá, toda vez que sin llegar a consumar una relación sexual por parte del cónyuge con un tercero, se permita presumir de la relación entablada con un tercero, un exceso en lo que respecta a la amistad o al propio trato social, motivo por el cual si es probada esta situación el otro cónyuge podrá accionar en contra de quien realizó tal conducta, con el fin de obtener el divorcio bajo la causal de injurias graves. Mientras que la infidelidad física se configura, cuando la circunstancia anteriormente descrita se ha consumado, mediante una relación sexual de uno de los cónyuges con un tercero, como resultado de esto se establece que se ha violado el deber de fidelidad al igual que en el otro supuesto, por lo tanto el cónyuge que no cometió tal hecho podrá accionar por la disolución del vínculo matrimonial, pero en este caso deberá ir a través de la causal de adulterio.⁸²

En cuanto a sus características diremos que este deber en primer lugar, es **Recíproco**, ya que al mismo se lo deben los cónyuges entre sí, a su vez es **Incompensable**, esto hace a que la infidelidad que lleve a cabo uno de los esposos sobre el otro, no autorice a que el otro pueda ser infiel y entre las mismas se compensen. También se debe establecer que es un deber **Permanente**, en el sentido que dura mientras persista el matrimonio, y por último es **Subsistente**, pero solo en un principio, hasta tanto no opere la disolución del ligamen matrimonial, con la excepción de que exista separación personal caso en el cual si bien el vínculo matrimonial subsiste, el deber de fidelidad se encuentra dispensado.⁸³

2.1.1.2 Deber de asistencia y alimentos-

Como lo establecen en su libro los Drs. ZANNONI Y BOSSERT, en si “*La noción de asistencia recoge - al igual que la fidelidad - una serie de presupuestos*

⁸² Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 199-200.

⁸³ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 200-201.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

*éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal*⁸⁴.

De la doctrina se desprende que pueden establecer dos acepciones distintas en cuanto a la extensión del contenido de dicho deber, la primera de ellas contempla al deber de asistencia en sentido estricto, entendiéndolo al mismo como aquel deber de alimentos debido por uno de los cónyuge al otro, siendo estas prestaciones que se traduce en valores solamente pecuniarios, de contenido económico, que solo aseguran la subsistencia material de la otra persona. En cambio la segunda de las acepciones, le establece un sentido amplio a este deber, el mismo no solo será comprensivo de las satisfacciones económicas debidas al otro cónyuge para su subsistencia, sino también de todo aquello que hace a la solidaridad o aportes a nivel doméstico, abarcando por lo tanto la ayuda mutua, el respeto recíproco, como así también, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben de dispensarse entre sí.⁸⁵

Una vez expuestas ambas acepciones, propiciamos que se debe tomar en cuenta la tesis amplia, debido a que la misma es la receptada por nuestro ordenamiento jurídico, un ejemplo de su recepción en las normas de nuestro derecho positivo la encontramos en lo que establece en el Art. 207⁸⁶ del Código Civil, el cual extiende el deber de asistencia del cónyuge culpable al inocente después de haberse realizado el divorcio.⁸⁷

2.1.1.3 Deber de cohabitación-

Este deber surge de la letra del Art. 199 del Código Civil que nos dice “*Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas.*”

⁸⁴ ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 202.

⁸⁵ véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 202.

⁸⁶ “*El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del Art. 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos.*”

Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1° La edad y estado de salud de los cónyuges;

2° La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos;

3° La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado;

4° La eventual pérdida de un derecho de pensión;

5° El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal.

En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario.”

⁸⁷ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 204.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos.

Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.”

Así es como el deber de cohabitación implica para los cónyuges siguiendo a los Dres. ZANNONI Y BOSSERT “*Cohabitar, vivir - o habitar - juntos, implica respecto de los cónyuges la obligación de convivir en una misma casa*”.⁸⁸ De esta definición se desprende que este deber tiene como caracteres, la permanencia y la reciprocidad, esto hace a que el mismo no pueda ser abandonado por la simple voluntad de uno de los consortes, hecho que si sucede genera inevitablemente consecuencias jurídicas por este accionar. Pero a su vez cabe aclarar también, que estos caracteres no siempre son la regla, sino que existen algunos casos, en donde judicialmente, se podrá dispensar del deber, siempre y cuando por darle continuidad a la convivencia se ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de los cónyuges, de los dos o de los hijos, cuestión esta que para su configuración quedara al arbitrio y valoración del juez.

Del análisis del segundo párrafo del Art. 199 del Código Civil, se desprende que cualquiera de los cónyuges podrá intimar judicialmente al otro quien ha hecho abandonado de la convivencia sin ningún tipo de justificación, para que retome la misma bajo apercibimiento de negársele con posterioridad los alimentos que se soliciten. Es así que cuando no se presentare el cónyuge una vez realizada la intimación y dentro del plazo establecido, se tendrá a esta situación con posterioridad como causal apta para disolver el ligamen matrimonial por medio del divorcio, alegando así la causal de abandono voluntario y malicioso, o también podrá ser tomada como una excepción para oponerla cuando el cónyuge pretenda que proceda la obligación alimentaria.⁸⁹

En concordancia con el deber de cohabitación el artículo 200⁹⁰ del Código Civil, nos establece que serán los esposos, quienes de común acuerdo fijen el lugar de residencia de la familia, conocido este como hogar conyugal.

⁸⁸ ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p.207.

⁸⁹ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 207-212.

⁹⁰ **Art 200 del Código Civil:** “*Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.*”

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2.1.2 Vicisitudes del vínculo matrimonial-

La relación jurídica matrimonial al igual que cualquier otro acto jurídico, puede sufrir a lo largo de su vida distintas clases de vicisitudes, dentro de ellas se encuentra la disolución del vínculo por diversas causas, para que esto ocurra, se presupone que el matrimonio opero y fue celebrado de acuerdo con los presupuestos de existencia y validez exigidos por el ordenamiento jurídico, y que con posterioridad a la celebración de este surgió algunas de las causales que la ley considera aptas para que proceda la disolución del vínculo. Es así como la disolución no opera sobre la estructura misma del acto jurídico matrimonial, sino sobre el vínculo que fue creado en base a este acto.⁹¹

En el Art. 213 del Código Civil Argentino se establece cuales son las causales de disolución que se admiten para poner fin al ligamen matrimonial, el mismo nos dice *“El vínculo matrimonial se disuelve:*

1° Por la muerte de uno de los esposos;

2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;

3° Por sentencia de divorcio vincular.”

De la letra de este artículo se desprende, que el divorcio es una de las causales de disolución del vínculo matrimonial, figura esta que vamos a analizar a continuación por ser pertinente para el presente trabajo.

2.1.2.1 Evolución en el Derecho Argentino de la figura del divorcio-

Nos parece pertinente, realizar una breve reseña histórica, de cómo la inclusión de la figura del divorcio vincular a nuestro ordenamiento jurídico, ha variado a lo largo de la historia.

Remontándonos ha los tiempos en que Vélez Sarsfield redacto nuestro Código Civil, tendremos que decir, que tanto las decisiones que tenían que ver con la celebración del matrimonio, los requisitos de la misma, impedimentos, como así también las causales de disolución del vínculo matrimonial, se encontraban a cargo de las autoridades eclesíásticas y no eran establecidas por el legislador. Si se configuraba alguna de estas causales, automáticamente se producía un efecto equiparable a una simple separación personal entre los cónyuges, sin llegar a la disolución del vínculo matrimonial, como lo es ahora. Por lo tanto los efectos que se producían eran, la

⁹¹ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 319.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

cesación del deber de cohabitación, aunque subsistía el deber de fidelidad, lo que traía aparejado que quien faltaba al deber de fidelidad, podía ser condenado por el delito de adulterio (delito actualmente derogado de nuestro ordenamiento jurídico).

Posteriormente con la sanción de la ley 2393 del año 1888, se estableció la obligatoriedad de celebración del matrimonio civil, indistintamente de que se realice la ceremonia eclesiástica. Esta ley mantuvo la indisolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio, sosteniendo los mismos efectos con anterioridad vertidos.

Es recién a partir de 1954 con la sanción de la ley 14.394, que se permite que ante el pedido de una de las partes ante el juez, el mismo pueda realizar la conversión de una separación personal en un divorcio vincular, siempre y cuando haya transcurrido un año desde la sentencia que declare la separación de hecho, y mientras ambos cónyuges no hubieran manifestado en forma expresa y por escrito su reconciliación. Una vez producida la disolución se autoriza a los cónyuges a que puedan contraer nuevas nupcias. De lo anteriormente expresado, podemos dilucidar que esta ley no trata todavía en forma autónoma al divorcio vincular, sino que la disolución del ligamen matrimonial, siempre debe de ser realizada por medio de la conversión de una separación personal que sucedió con anterioridad en un divorcio, esta se tiene como un presupuesto necesario sin el cual no procede.

Desde el año 1984, se establecieron distintos proyectos de ley, todos con un fin en común, por medio de estos se pretendía la sustitución de la ley de matrimonio civil, para incorporar al divorcio vincular como un instituto autónomo que ponga fin al vínculo matrimonial. Es así como en 1986, se constituye una comisión específica en la Cámara de Diputados, en el seno de la cual se elabora un proyecto de ley que con posterioridad iba a sustituir a la antigua ley 2393, he incorporar el título “Del matrimonio” dentro del Código Civil, proyecto este, que fue sancionada y promulgada en 1986, bajo el número 23.515.⁹²

Es así como en la actualidad nuestro Código Civil, que es la rama del derecho positivo que legisla orgánicamente sobre el matrimonio, prevé la disolución del vínculo matrimonial, por medio del divorcio vincular en forma autónoma, bajo los términos del Art. 213, Inc. 3, y conforme la reglamentación de los artículos que le siguen.

⁹² Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 323-327.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2.1.2.2 Causales subjetivas de separación personal o de divorcio vincular-

En el Art. 202⁹³ del Código Civil se enumeran las llamadas causas subjetivas las cuales pueden originar la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio, son subjetivas debido a que su imputación a la persona del cónyuge se realiza, ya sea a título de dolo o culpa.

Se puede concluir en forma generales, que en conjunto estas causales hacen en si referencia, ha injurias que uno de los cónyuges le efectúa a la persona del otro, trayendo esto como consecuencia una afección por violentar deberes preestablecidos por la ley para ambos cónyuges, siendo estos o bien deberes morales o materiales.⁹⁴

A continuación enumeraremos cada una de estas causales subjetivas, que se encuentran establecidas en el artículo 202 del Código Civil, dando así también una breve descripción de cada una de ellas:

2.1.2.2.1 Adulterio-

A esta causal se la debe entender, como aquella que se configura cuando uno de los esposos entabla una relación sexual con un tercero, quien no es su esposo. Se vulnera así, con la realización de este hecho, el deber de fidelidad recíproco que se deben los cónyuges entre si.

Para que se configure la causal, se requiere no solo que la persona haya realizado el hecho que anteriormente se describió, sino que también esta sea capaz, en el sentido de que pueda ser susceptible de imputación, para determinar así la atribución de su culpabilidad, quiere decir que no se debe encontrar el cónyuge, coaccionado a mantener tales relaciones sexuales por el propio tercero, sino que debe de realizarlas por voluntad propia.

Esta causal se tiene como consumada, con la simple realización de un solo acto sexual fuera del matrimonio, siendo este ocasional o permanente, pero siempre se requerirá que quien alegue tal hecho lo pruebe, cuestión que a entender de varios

⁹³ Art. 202 del Código Civil: “*Son causas de separación personal:*

1° El adulterio;

2° La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

3° La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

4° Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

5° El abandono voluntario y malicioso.”

⁹⁴ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 335.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

autores, resulta complejo y difícil de llevar a cabo. Es por tal motivo, que en la jurisprudencia y la doctrina, se ha establecido que las pruebas indiciarias, serán tenidas como presunciones graves, precisas y concordantes, a la hora de probar esta clase de hechos. Cabe decir que si con las pruebas recabadas, no se llegara acreditar en forma fehaciente y suficiente la comisión de un adulterio, las mismas podrán ser tomadas como pruebas suficientes para si configurar otra de las causales, que es la de injurias graves, siempre que se puedan acreditar que los actos o hechos violaron el deber de fidelidad conyugal.⁹⁵

2.1.2.2.2 Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges o de los hijos-

Esta causal se configura con, el intento o comienzo de ejecución del delito de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro o contra sus hijos, indistintamente, sean estos comunes o no, con independencia de cual sea la participación que haya tenido el esposo en los hechos, ya que el mismo puede haber sido autor, cómplice o instigador de este delito.

La calificación por el juez en lo civil de la tentativa de homicidio, dentro del juicio de divorcio, no se encuentra sujeta a ninguna clase de pronunciamiento, anterior ni posterior, que pueda realizarse en sede penal sobre la comisión de este delito, sino que son totalmente independientes entre si. Es así como un mismo hecho ilícito, puede apreciarse de diferente forma dependiendo de las normas que se le apliquen.

Si no se llegara a configurar con este hecho la causal de tentativa contra la vida del esposo o de los hijos, nada obsta a que los actos preparatorios anteriores a provocar la tentativa del delito, se tengan contenido en otra de las causales que establece el código, como es la de injurias graves, por su carácter de residual.⁹⁶

2.1.2.2.3 Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos-

Sobre esta causal la doctrina ha considerado, que al no establecer en forma específica la ley, cuales serían las clases de delitos que entrarían en la misma, contrario sensu, se sostiene que esta causal podrá ser utilizada para cualquier clase de delitos siempre y cuando estos puedan ser probado entre los esposos, y que a su vez halla sido uno de ellos, el que instigue o provoque ha que el otro cónyuge cometa un el delito. Un ejemplo de esto puede ser: cuando se probase que el marido,

⁹⁵ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 335-336.

⁹⁶ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p.336-337.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

castigaba y amenazaba a su esposa, obligándola a ejercer el curanderismo o la prostitución, motivo por el cual se establece el divorcio bajo esta causal.⁹⁷

2.1.2.2.4 Injurias graves-

Esta causal posee una amplitud que ninguna de las otras tiene, se debe entender a la misma, como una causal residual con respecto a las demás, esto quiere decir que es concebida, como toda violación grave o reiterada de los deberes maritales imputables al otro cónyuge, comportamientos estos que no se encuentran tipificados dentro de las restantes causales establecidas en el Art. 202 del Código Civil.

Podemos conceptualizarla según los Drs. ZANNONI Y BOSSERT, como “... *toda ofensa, menoscabo, afrenta, de un cónyuge hacia el otro*”⁹⁸, estas injurias podrán exteriorizarse en la realidad de diferentes formas, ya sea por medio de palabras, escritas u orales, o por actitudes. A modo de ejemplo podemos nombrar algunos comportamientos realizados por el cónyuge, que son considerados injurias: amenazas de muertes, silencios constantes, respuestas ofensivas, actitudes de desconsideración y desprecio, incumplimiento de los deberes de asistencia, desatención de un cónyuge ante la enfermedad del otro, alejamiento frecuente del hogar, falta de aseo, entre otras.

Debemos aclarar algunas cuestiones, la primera se encuentra relacionada con la persona que realiza la injuria, se debe tener en cuenta que la misma puede ser o bien el propio cónyuge o un tercero, lo único que interesa en este último caso es que el cónyuge asienta las injurias que el tercero realiza sobre la otra persona. Otra de las cuestiones a tener en cuenta, es que si bien en la expresión de la causal nos encontramos con el término injurias graves, en sentido plural, debe establecerse que no hace falta que sean varios los comportamientos injuriosos, sino que solo basta con la realización de un único acto injurioso para configurara esta causal.

Si nos centramos en como el juez debe apreciar las injurias alegadas por uno de los esposos, se establece que este tendrá que tener en cuenta distintas circunstancias para merituar si proceden o no para configurara la causal, dentro de estas circunstancias se encuentran, la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse, por lo tanto, la gravedad derivara de

⁹⁷ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 337-339.

⁹⁸ ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 338.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

la calificación que realice el juez en función de estos parámetros subjetivos, inherentes a las personas de los cónyuges, su contexto familiar, social y cultural.⁹⁹

2.1.2.2.5 Abandono voluntario y malicioso-

Esta causal se encuentra íntimamente relacionada con el incumplimiento del deber marital de cohabitación, lo que sucede en este caso es que uno de los cónyuges hace abandono del hogar conyugal, haciendo cesar así la cohabitación, aunque no cualquier abandono configura esta causal sino que el mismo debe poseer dos características fundamentales a saber, por un lado deberá ser voluntario y por el otro malicioso; es así que pesa sobre quien realizó el hecho de abandono la carga probatoria, de justificar el mismo para lograr eximirse de la maliciosidad o voluntariedad de su obrar para que no se configure esta causal.¹⁰⁰

2.1.2.3 Causa objetiva de separación personal o de divorcio vincular-

A esta causal la encontramos en el texto del Art. 204 del Código Civil, el cual nos dice *“Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.”*

Del primer párrafo del artículo se desprende una de las causales objetiva de separación personal o de divorcio, decimos que es objetiva, debido a que para su configuración no se requiere del análisis de los hechos o motivos que llevaron a los cónyuges a interrumpir la cohabitación, como así tampoco se realiza ninguna clase de atribución de culpa o inocencia respecto de ninguno de los cónyuges. Para su procedencia solo se tendrá que limitar el juez, ha constatar la reunión de ciertos requisitos objetivos, estos son, dejar la cohabitación dentro del hogar conyugal con el otro esposo (separación de hecho), deberá existir una falta de voluntad de los esposos para volverse a unir, y por último, la ley nos establece un requisito, el cual es temporal y variable dependiendo de las consecuencias a las que se quiera llegar por medio del proceso judicial, el mismo hace alusión al tiempo de cese de la cohabitación, este

⁹⁹ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 338-339.

¹⁰⁰ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 340-341.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

deberá ser de dos años si se quiere demandar la separación personal, mientras que será de tres años cuando lo que se quiera realizar es la acción de divorcio vincular.

El legislador en el segundo párrafo del Art. 202, nos introduce un elemento subjetivo dentro del juicio, que tiene que ver con la atribución de la culpa de la separación a uno de los cónyuges. Es así como se admite que cualquiera de los cónyuges sostenga que, si bien es cierto el hecho objetivo de la separación es el otro esposo el culpable de que la misma sucediera, porque el otro cónyuge forzó a que esto sucediera por sus comportamientos. Es así como en la sentencia, no solo se establecerá la causal objetiva, sino también se imputará culpabilidad a uno de los esposos e inocencia al otro, por lo cual este se verá equiparado con los efectos propios de una separación culpable.¹⁰¹

2.1.4 Disolución del vínculo matrimonial-

Conforme el Art. 213 del Código Civil en sus distintos incisos, nos deja en claro que son tres las formas en que se puede llegar a disolver el ligamen matrimonial, el mismo instituye que *“El vínculo matrimonial se disuelve: 1° Por la muerte de uno de los esposos;*

2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;

3° Por sentencia de divorcio vincular.”

Como observamos existen tres formas para concluir o disolver el matrimonio, acorde lo que estamos tratando a en este trabajo solo nos interesa tomar en cuenta la tercera de ellas, que es la disolución o conclusión por medio de la sentencia de divorcio vincular ya que es la que nos interesa para el análisis del tema en particular.

Así diremos que la disolución del vínculo matrimonial, por medio del divorcio vincular puede tener su fuente en dos clases de causales, las subjetivas u objetivas, las que con anterioridad han sido desarrolladas, cuando se trataron las causales de separación personal, siendo estas las mismas que proceden para esta figura que es el divorcio. A lo largo de todo el marco teórico del derecho de familia, a medida que se fueron tratando los distintos temas, se fue estableciendo cuales eran las similitudes y las deferencias de las otras figuras, con respecto a esta, es por ello que nos remitimos a lo escrito con anterioridad.

¹⁰¹ Véase ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Op. Cit. p. 350 - 354.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO III
LAS POSTURAS ANTE LA RESPONSABILIDAD DE LOS
DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1- Consideraciones preliminares-

En el derecho existe una cuestión que es controvertida desde hace ya unos años por parte de distintos autores de nuestra doctrina, la misma gira en torno a dos esferas distintas dentro de nuestro derecho positivo, que deben de combinarse para dilucidar un conflicto que se plantea en la realidad, este problema puede ser plasmado de la siguiente manera: se debe estimar si es procedente o no el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales que se ocasionan con motivo de la disolución del vínculo matrimonial; la resolución o respuesta a éste, no fue adoptada por el legislador en ninguna norma expresa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es por tal motivo que es la doctrina la debió hacerse cargo de la resolución del conflicto, se intentaron dar distintas respuestas, pero solo se logro una división interna de la doctrina de manera tajante, entre quienes dan una respuesta positiva a este problema y quienes establecen una negativa.

Por lo tanto para continuar con el análisis nos plantearemos dos interrogantes, que a lo largo de la narración trataremos de dirimirlos, con el fin de poder tomar una posición personal una vez concluido el análisis de los distintos temas que tienen correlación con nuestro objeto de estudio, intentando llegar a la misma acorde a un razonamiento lógico, sin perder nunca de vista que nos estaremos moviendo constantemente, en un ámbito del ordenamiento donde existe una marcada laguna del derecho que debería ser zanjada, esta afirmación, sobre la existencia de una laguna del derecho, surge después de recorrer todo el orden jurídico en su conjunto y no encontrar en el ninguna clase de norma ni expresa ni tacita, que nos permita estar a favor o en contra de algunas de las dos posturas que existen entorno a este tema; por tal motivo es que debemos analizar algunos principios básicos o generales que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico, para así poder establecer cuales de todos ellos resulta razonable que se aplique a la hora de resolver esta clase de conflicto que se nos planteamos.

El primero de los interrogantes que se tratara de resolver a lo largo del presente escrito, hace referencia a, ¿La procedencia o no de la indemnización por los daños extrapatrimoniales que surgen después del divorcio?, con respecto a este podemos adelantar que existen dos marcadas posiciones que han sido tomadas en nuestro país por distintos autores, como así también por parte de nuestra jurisprudencia. Por un lado nos encontramos con quienes admiten la procedencia del resarcimiento, los

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

cuales sostiene su posición fundándola en la aplicación en sí de los principios generales derivados de la responsabilidad civil en general establecidos en nuestro Código Civil, y en particular de aquellos que surgen de la órbita de la responsabilidad extracontractual; mientras que quienes se encuentran en contra del resarcimiento, si bien alegan muchos argumentos los mismos pueden ser sinterizados de la siguiente manera, los mismos consideran, que el derecho de familia posee una especialidad tal, motivo por el cual no se podrían aplicar al mismo ninguna clase de normas generales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de dar solución al conflicto que se plantea, sino que para que el resarcimiento proceda y se resuelva el problema, necesariamente debería de existir una norma expresa que permita su procedencia, como así se establece por medio de una norma en el ámbito de la nulidad matrimonial.

El segundo de los interrogantes que nos plantearemos, hace referencia a la extensión o alcance que debe tener dicha indemnización, siempre que con anterioridad se admita su procedencia, al igual que en el interrogante anterior, en este la doctrina no es la excepción en cuanto a su concordancia, sino que también se encuentra dividida, por un lado algunos establecen que solamente sería aceptable el resarcimiento por los daños que surgen por el hecho constitutivo del divorcio o, lo que es lo mismo, por las causales que dieron origen a la disolución del vínculo matrimonial (como son la injuria, el adulterio, etc.); mientras que para otros, la extensión de la indemnización iría mas allá y no solo se contemplaría esta clase de daños, sino también aquellos daños derivados del divorcio en sí (como son la pérdida de la situación social o económica, sufrimiento constitutivo de daño moral, etc.).

2. Fundamentos esgrimidos en contra de la procedencia del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio-

Existen distintos argumentos que se han esgrimidos por parte de diversos autores de nuestra doctrina en contra de la procedencia de la indemnización de los daños en el divorcio, es así como podemos hacer una enumeración de los mismos, tomando como guía para realizarla, al libro titulado “DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA” de la Dra. GRACIELA MEDINA¹⁰², a partir del cual podemos sintetizar de la siguiente forma estos argumentos.

¹⁰² MEDINA, Graciela. DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA. 2ª Edición actualizada. Editorial RUBINZAL - CULZONI -EDITORES. Santa Fe, 2008.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2.1 *Especialidad de las normas del Derecho de Familia-*

Este primer argumento deriva de considerar al régimen matrimonial como especial, esto es así porque atiende a una particular realidad, la que se fundamenta en la convivencia, razón por lo cual no se podrían aplicar las normas del ámbito negocial, como así tampoco las relativas a la responsabilidad en general de los hechos ilícitos.

Según la Dra. GRACIELA MEDINA citando en su obra a la Dra. Delfina Borda, establece como argumento: “... *la especialidad del Derecho de Familia hace imperativas sus normas y torna inadmisibile la aplicación de otras ramas del Derecho Privado, como es el patrimonial, por lo que no habiendo ninguna norma expresa, no considero admisible este tipo de indemnizaciones*”¹⁰³.

Si observamos lo expuesto por los distintos jueces de la Cámara Nacional Civil sobre el fallo “G., G.G. c/B. de G., S.M. s/Divorcio Vincular” el 20 de Septiembre de 1994 con motivo de someterse a plenario la siguiente cuestión “*Si en nuestro derecho positivo, es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio*”¹⁰⁴. La primera de las conclusiones a la que podemos arribar después de haber analizado el fallo en su completitud, que la minoría en los votos formulados por los distintos Jueces de esta Cámara han acogió la teoría negativa sobre la procedencia de esta clase de resarcimiento, tomando como fundamento para el rechazo la especialidad de las normas del derecho de familia, por ser las mismas en su mayoría normas de orden público, lo que obsta a que se aplique a esta rama del derecho aquellas normas generales que se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad civil. En cuanto al régimen de sanciones en el contexto del divorcio se debe establecer que es autónomo, en primer lugar por la inexistencia de normas expresa o concordante en donde conste dicha sanción, como así también por la naturaleza propia y exclusiva de la regulación de familia. Citaremos entonces uno de los votos en especial esbozado por los Dres. Ana María Lucaces y Hugo Molteni para así poder plasmar por medio de sus palabras todo lo expuesto con anterioridad de la siguiente forma “...*el régimen que determina el divorcio es autónomo, por su naturaleza propia y exclusiva de la regulación de la familia, por lo que en principio compartimos la tesis de la minoría en cuanto concluye que no estable sostener la aplicación de normas comunes de responsabilidad por daño moral y*

¹⁰³ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 51.

¹⁰⁴ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenarios/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

condenar al culpable a una satisfacción pecuniaria que se añada a las sanciones que específicamente contempla la ley para tales conductas. La especialidad del derecho de familia y las características propias de la institución del matrimonio, que atienden a una particular realidad vital de convivencia y afinidades fundadas en el amor y la tolerancia recíprocas, no permiten por lo pronto, aplicar normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por los hechos ilícitos...¹⁰⁵.

2.2 Falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio similar a la existente en materia de nulidades matrimoniales-

En este argumento, según nuestra opinión, se establece que al no existir, en todo nuestro ordenamiento jurídico, ninguna clase de norma expresa o tácita que deje en descubierto la procedencia de la indemnización por los daños extrapatrimoniales después del divorcio, el resarcimiento no sería admisible. En sustento de esto se dice que sí se halla tipificada y de forma expresa esta clase de indemnización, ante el hecho de la consumación del daño en la nulidad del vínculo matrimonial.

A favor de este argumento podemos citar un fragmento del plenario de 1994 que nos dice “...*Si el legislador hubiese entendido que correspondía la reparación de los daños y perjuicios en el divorcio, sea por la aplicación de los principios generales sobre la responsabilidad civil, o por analogía con lo dispuesto por la citada ley de matrimonio civil, debió pronunciarse expresamente para concluir con la discrepancia...*”¹⁰⁶.

2.3 No se puede indemnizar el error de elección-

Bajo este título lo que se alega es que quien decide contraer matrimonio lo hace en forma libre y bajo su propia elección, prestando así su consentimiento válido, con el cual implícitamente también se compromete a respetar ciertos deberes maritales que surgen de la propia relación jurídica matrimonial que se crea desde la celebración del mismo, los cuales deberán de ser cumplidos para con el otro cónyuge sí que si algunos de estos deberes no son cumplidos por alguno de los esposos, no se estaría ante una causal que diera lugar a una indemnización por haberse incumplido alguno de ellos, debido a que cuando contrajeron matrimonio, los miembros de la pareja confiaron en que las cargas iban a ser cumplidas por cada uno de ellos; por lo tanto sería la propia persona la que se tendría que hacer cargo de soportar estos incumplimientos, en

¹⁰⁵ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹⁰⁶ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

calidad de haber fracasado en su elección con respecto a la persona con la que decidió contraer matrimonio.¹⁰⁷

A modo de parangón podríamos comparar esta situación que se genera cuando dos personas deciden libremente contraer matrimonio, ya sea con el contrato del jugador de futbol en cuanto a las reglas del juego que se preestablecen en el mismo y son asumidas por el jugador, de ellas surgen para el jugador cuáles serán los deberes que debe cumplir y cuales son las lesiones que podrán ser indemnizables cuando le ocurran sobre su persona, como así también cuales de estas quedaran fuera del resarcimiento o bien por no encontrarse detalladas dentro del propio contrato o bien por ser alguna clase de lesión que debe de soportar el jugador por el simple hecho de someterse al juego sobre el cual ha expresado su libre voluntad para acceder al mismo Haciendo referencia al plenario de 1994 de la Cámara Nacional Civil que venimos citando, sobre este tema se expidió el Dr. Miras aduciendo sobre este lo siguiente *“...quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido con todo lo que ello implica y que, si por distintas circunstancias, la elección del conyugue se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias deben ser cuidadosamente sopesadas antes de dar paso tan trascendental, con lo que, acordar por vía jurisprudencial una indemnización significaría tanto asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos...”*¹⁰⁸

2.4 Disminución de los matrimonios-

Se estima desde la doctrina, que si se da procedencia a la indemnización de esta clase de daños una vez producido el divorcio, al tener este instituto en la sociedad un carácter valorativo y emotivo, la admisión de la misma traería como consecuencia inexorablemente la disminución en la celebración de los matrimonios, ya que las personas tendrían miedo a contraer matrimonio debido a que existiría la posibilidad de una sanción indemnizatoria que sobreviniera ante la disolución de este ligamen por medio del divorcio. Por lo tanto decrecería la tasa de matrimonios, y porque no decir, que en ciertos casos aumentarían los divorcios con el fin de obtener por medio de este algún beneficio o rédito económico derivado de esta clase de indemnizaciones por parte de alguno de los cónyuges.

¹⁰⁷ Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 54 y ss.

¹⁰⁸ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Conforme el voto de los Dres. Ana María Luaces y Hugo Molteni en el plenario anteriormente citado en cuanto a este tema se puede decir lo siguiente *“...Aceptar la tesis afirmativa del modo que resulta propuesta por la mayoría,...conduciría a generar un nuevo factor disuasivo para asumir un compromiso de la transcendencia del matrimonio - cuyo idea de un vínculo absolutamente indisoluble se halla en franca declinación-...”*¹⁰⁹

2.5 Hay daños que deben quedar sin reparación-

Para algunos autores existirían ciertas clases de daños que le son ocasionados a la persona, que se encuentran exentos de reparación pecuniaria, quedando los mismos dentro de la esfera íntima de la persona, a la cual se le causo dicho daño, teniendo solamente como consecuencia el padecimiento por lo sucedido, y sin posibilidad de poder accionar contra quien produjo el daño; equiparando la situación que se da por medio de un divorcio con el ejemplo del dolor que siente una persona ante la traición de un de sus amigos, motivo por el cual los daños morales surgidos de la disolución del matrimonio quedarían subsumidos dentro de este razonamiento.¹¹⁰

Según el Dr. Glamardini dijo a favor de este argumento en el plenario *“...como el matrimonio está sustentado en principio en el amor, muchas veces por más que las ofensas inferidas al otro cónyuge hubiesen sido graves y generando sufrimientos profundos, este daño espiritual puede encontrar adecuada satisfacción también de índole espiritual en el amor mutuo de los esposos. Este hecho se encuentra de alguna manera contemplado por la ley al regular en el art 234 del Código Civil la reconciliación, concepto que importa el reciproco perdón de los agravios u ofensas y la intención de restablecer la plena comunidad de vida... las ofensas inferidas durante el matrimonio han sido perdonadas o que por circunstancias comprobadas se presuma la recomposición de la relación matrimonial, de modo tal que el daño ocurrido en la interioridad de uno de los esposos se encuentre satisfecho también moralmente por esa re - unión espiritual o reconciliación en sentido lato...”*¹¹¹

¹⁰⁹ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹¹⁰ Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 57.

¹¹¹ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2.6 Los daños son compensados con los alimentos que el cónyuge culpable debe pagar al inocente-

Por medio de este argumento se estima que la reparación de los daños extrapatrimoniales que surgen después del divorcio, estarían contemplados en la prestación alimentaria que conforme la ley 23.515 se le debe al cónyuge inocente por parte del cónyuge culpable, ya que ambas son prestaciones de carácter compensatorias o resarcitoria, tal carácter haría viable que todos los daños que eventualmente pudieran surgir de la disolución del matrimonio se vean dentro de dicha prestación. Por lo tanto no existiría ningún tipo de posibilidad de accionar independientemente de esta prestación que se debe, ya que se estaría pagando una doble indemnización, conforme no estar dicha reparación tipificada en una norma expresa, como si lo está la obligación alimentaria. En virtud de lo expuesto se estaría desconociendo así la especialidad del Derecho de Familia, y puede que se configure de este modo un abuso de derecho¹¹².

2.7 Imposibilidad de distinguir los deberes del matrimonio de las obligaciones jurídicas en sentido estricto:

Se establece que la prestación constitutiva del objeto de la indemnización, ósea la obligación que se ha incumplido por alguna de las partes necesariamente debe de tener un contenido económico. Si la prestación que se debe por medio de la obligación no fuese posible de estimar en forma pecuniaria, no nacería así en cabeza del acreedor ninguna obligación que deba ser afrontada con su patrimonio, ni tampoco debería hacer frente a ninguna clase de indemnización que provenga de un supuesto incumplimiento y la producción de daños por el mismo, ya que al no poseer la obligación base carácter pecuniario tampoco lo tendrán los efectos que de ella surjan.

Es así que se concluye que las obligaciones nacidas del matrimonio, llamadas deberes matrimoniales (fidelidad, cohabitación y asistencia) al no tener ellas contenido patrimonial, ni ser susceptibles de que sean apreciadas en forma pecuniaria, no podrían ser estas causas que dan origen al divorcio equiparables a un incumplimiento obligacional en sentido estricto, sino que serian violaciones o incumplimientos de deberes jurídicos extrapatrimoniales. Por todo de lo expuesto no sería procedente que se deban daños extrapatrimoniales ante esta clase de infracciones, ya que la misma no tiene carácter resarcitorio como sí lo tienen las infracciones producidas en el ámbito de las obligaciones, por lo que admitirlas traería como consecuencia la alteración del

¹¹² Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 57.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

sistema de sanciones de tipo resarcitorio establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.¹¹³

2.8 La expresa recepción legislativa en los países donde se lo admite:

Contemplado el derecho comparado, se puede establecer como constante que los países que admiten la procedencia de esta clase de indemnización, que proviene de los daños que se causan en consecuencia del divorcio, poseen en su ordenamiento jurídico una norma que expresa en forma clara y precisa el resarcimiento. Ante este análisis se debe entonces expresar que en nuestro derecho argentino al no existir ninguna clase de disposición que exprese dicha indemnización, no sería admisible su procedencia.¹¹⁴

2.9 El posible aumento de la litigiosidad contradictoria:

La doctrina ha entendido que será necesario para que proceda y se determine la culpabilidad de los cónyuges en el juicio de divorcio, un proceso contradictorio y no de común acuerdo, cuestión esta que trae aparejado un perjuicio para el núcleo familiar, puesto que se agravan los conflictos en él. razón por la cual si se llegaría a otorgar una indemnización al cónyuge inocente, indefectiblemente esta traería como consecuencia la repotenciación de los juicios contradictorios, con el objeto de obtener esta clase de reparación, sin dejar esperanzas, de una posible solución del conflicto matrimonial o familiar a través de otros métodos nuevos alternativos, como puede ser la mediación.¹¹⁵

Sobre este argumento en el plenario se expidió la minoría integrada por varios Camaristas y concluyeron lo siguiente, *“...de aplicarse la tesis permisiva ello importaría una eventual “fuga” de los litigantes desde el divorcio remedio hacia el divorcio sanción, toda vez que las partes buscaran por todos los remedios acreditar, en juicio contradictorio, la culpa de su consorte para hacerse acreedor de la indemnización de los daños materiales y morales, eludiendo la vía del divorcio por presentación conjunta o la causal objetiva de separación de hecho por mas de 3 años (art 214 ley 23.515)...”*, como así también se dijo que *“...resulta sumamente difícil proponer tratamientos y soluciones amigables entre ex cónyuges - tan primordiales para la saludable crianza de los hijos menores-, cuando se crean expectativas de ventajas económicas al que*

¹¹³ Véase MEDINA Graciela. Op. Cit. p.59.

¹¹⁴ Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 60.

¹¹⁵ Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 61.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

resulte ganador de la contienda y consiga probar la configuración de alguna actitud que le hubiese producido mortificación espiritual o alteración de sus afecciones legítimas. Ello constituiría, sin duda, un incentivo más efectivo que cualquier resentimiento para encaminar la discrepancia por la visa del divorcio vincular...¹¹⁶.

2.10 La dificultad de la determinación de la culpa en el divorcio:

Bajo este título se ha opinado que es complicado y difícil establecer ante una ruptura de una relación matrimonial, la culpabilidad o inocencia de uno y otro cónyuge. Esto se entiende así porque como todos sabemos cuando se consolida una ruptura dentro de un matrimonio, el fracaso del mismo nunca puede ser atribuido solamente a una de las partes sino que por lo general debe de ser compartido por ambos, por lo tanto no se podría obligar a que una de ellas solamente afronte el resarcimiento de los daños que trajo aparejada la disolución.¹¹⁷

En el contexto de la determinación de culpabilidad dentro del divorcio y la imputación de la misma a uno de los cónyuges, traería aparejado como consecuencia inevitable conforme lo expresa el Dr. Galmarini en el plenario de 1994, una suerte de regla que puede ser formulada de dos formas distintas, podemos decir en primer lugar que ante la imputabilidad de la culpa a uno de los esposos se generaría siempre en forma ineludible a favor del consorte inocente el resarcimiento del daño moral que se generó sobre su persona, o sino que ante la imputación de la culpa nunca se generaría de ella la posibilidad de resarcir los daños morales que surgen del mismo¹¹⁸. En cuanto a estas dos opciones el camarista resuelve sobre la relación de la culpabilidad y el resarcimiento del daño generado por el divorcio, que no sería procedente en la generalidad de los casos sino *“...cuando se presenten las circunstancias singulares que a criterio del juez reúnan los requisitos que tornen procedente el resarcimiento según las normas jurídicas que configuran la legislación nacional vigente...¹¹⁹.*

2.11 El retorno a la indisolubilidad del vínculo matrimonial:

En la actualidad se admite en forma unánime que uno de los derechos fundamentales que tiene la persona, es el de no permanecer unido a una persona a quien no se ama, esto hace a la esencia de la libertad humana e individual como así

¹¹⁶ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹¹⁷ Véase, MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 62.

¹¹⁸ Véase, <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹¹⁹ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

también al derecho que poseen las personas de casarse con quien quiera o desposarse de la misma cuando crea conveniente, por lo que en contraposición de ello en el pasado se sostuvo un principio que hacía alusión a la indisolubilidad del vínculo, regla que ya se ha dejado de lado en la actualidad.

Se cree que ante la admisión de las demandas de daños y perjuicios que derivan de los daños que se producen como consecuencia del divorcio, se estaría volviendo a aquél principio, ya que se tomaría a esta indemnización como una sanción que pesaría en la cabeza de aquella persona que pretenda disolver el vínculo matrimonial, en virtud de que se estaría violentando el principio de la indisolubilidad del matrimonio, y como consecuencia inexorable se abriría la posibilidad de indemnizar por los daños que se causara. Por lo que, en conclusión, se atentaría así a la libertad que posee en la actualidad una persona para divorciarse o no divorciarse de la persona con la que se encuentra ligada por matrimonio.¹²⁰

2.12 Involucran al tribunal en disputas triviales entre los esposos:

Algunos autores sostiene que la presentación ante los tribunales de este tipo de conflictos, constituyen disputas triviales o insignificantes que se subsistan entre los esposos, en comparación a todos los otros conflictos que se pueden presentar en las distintas relaciones jurídicas que se surgen como consecuencia del ordenamiento jurídico. Se dice así que ante la admisión de este tipo de conflictos en el ámbito judicial traería como consecuencia, que los tribunales se encuentren abarrotados en su actividad y se congestione en su accionar con este tipo de causas que no tienen ningún fundamento, ya que serían problemas ajenos que se subsistan entre los cónyuges que deberían de quedar en la esfera íntima de su matrimonio.¹²¹

3. Contragumentos esgrimidos a favor de la procedencia del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio-

Atento a cada uno de los fundamentos esgrimidos anteriormente en contra de la procedencia de la indemnización por parte de la doctrina, se ha encontrado la forma de refutarlos a cada uno de ellos para que caigan, y no siga siendo un obstáculo para

¹²⁰ Véase MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 64/65.

¹²¹<http://www.newsmatic.e->

[pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30982&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%E1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30982&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%E1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo)

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

el nacimiento de la reparación de los daños y perjuicios. Es por ello que a continuación expondremos cada uno de los contra-argumentos vertidos precedentemente.

Podemos citar a modo de adelanto el razonamiento que realizaron los jueces que se encontraban a favor de la procedencia del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio dentro del contexto del plenario que se realizó en 1994 cuando la Cámara Nacional Civil la cual se reunió en pleno para debatir sobre este tema, así es como la mayoría sintetizó la solución del conflicto de la siguiente forma *“...si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de la taxativamente enumeradas por el art. 202 del Código Civil, esta cometiendo un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio. Pero si ese ilícito además causa un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existe impedimento alguno para penetrar en el campo aquiliano y disponer que se enjague el perjuicio con las sanciones propias de ese ámbito... puede admitirse que el derecho de familia... integra un cuerpo normativo congruente, cual es el Código Civil, que sanciona a quien viola un deber jurídico, sea dolosa o culposamente, con la obligación de resarcir el daño causado. Tales disposiciones, ante la ausencia de norma específica que excluya su aplicación, también forman parte del régimen jurídico que integra el derecho de familia...”*¹²²

3.1 No existe especialidad de las normas del derecho de familia-

Como dijimos anteriormente uno de los argumentos, que se oponía a la procedencia de esta clase de indemnizaciones, recaía en la especialidad de las normas del derecho de familia, y por tal motivo no se podrían aplicar a esta rama del derecho las disposiciones generales de nuestro ordenamiento jurídico.

Se han vertido varios razonamientos válidos en contra de este primer argumento, es así como se debe decir que ninguna norma por mas especialidad que posea puede derogar, ni establecer cuestiones que coalicionen con las reglas o los derechos que surgen de nuestra norma fundamental o madre con jerarquía superior dentro de todo el ordenamiento jurídico, a la cual se la debe coherencia, que es la Constitución Nacional Argentina.¹²³

De esta norma fundamental surge el principio de no dañar a otro, el que se desprende del Art. 19 de la Constitución Nacional, por tal motivo dicho principio tiene no solo jerarquía constitucional sino también supranacional, por lo que se encuentra

¹²² <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹²³ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p.50

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

sobre toda norma inferior. Es así como de este principio se genera un derecho implícito, que contiene o protege no solo a la dignidad sino también a la integridad física y psíquica de la persona humana.

Por lo tanto corresponde decir que en el derecho de familia por más especialidad que se quiera alegar con respecto a sus normas, nunca podrá dejar de lado el respeto que debe de tener de las disposiciones del derecho civil, como así tampoco puede en aras a la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro. Es así como una vez consultada nuestra jurisprudencia podemos citar en pro de esta afirmación un fragmento de un fallo del Tribunal de Morón, Provincia de Buenos Aires, el cual nos dicen que *"... No hay razón para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños. El deber de no dañar está más cerca de las relaciones de familia que de otras esferas del campo civil. El daño producido por un miembro de la familia a otro, lejos de merecer una situación privilegiada, debe constituir un agravante en la misma medida que son mayores los deberes de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, es que no se puede dañar sin responsabilidad. (CCC Morón. Sala I, 1992/10/11, R. M c/ L, A s/ Divorcio, Juba 22260 RDS 208-90-S)"*¹²⁴

Como consecuencia de esta idea, ante la producción de un daño en este ámbito del derecho, se deberá tener en cuenta el principio antes mencionado, y procederá entonces la indemnización correspondiente ante ese daño que se causo. Si analizamos el caso concreto, que nos compete estudiar en este trabajo, se podrá realizar la siguiente conclusión, si de la disolución matrimonial realizada por medio del divorcio vincular, se generara alguna clase de daños moral o extrapatrimonial sobre la persona de uno de los cónyuges, conforme lo establece la Constitución Nacional y el principio de no dañar a otro, surgirá de forma inmediata la obligación en la cabeza del cónyuge que causo el daño de resarcir el mismo.

La doctrina que propia la afirmación positiva sobre la procedencia de esta clase de daño en el contexto del Plenario de 1994 realizado en el marco de la Cámara nacional Civil, cita a favor de este argumento palabras del Dr. Mosset Iturraspe que nos parece oportunas transcribirlas, el mismo nos dice *"... que no hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños... es un principio general del derecho la responsabilidad de los perjuicios sufridos y que ellos avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector. No*

¹²⁴ Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

es justo otorgar a uno de los esposos "un derecho a dañar sin responsabilidad". ("los daños emergentes del divorcio, LL, 1983-C-348")¹²⁵

También se ha dicho que el derecho de familia no es un ordenamiento en sí mismo autosuficiente, sino que requiere indefectiblemente de otras ramas del derecho tomando los principios generales de las mismas con el objeto de completar las lagunas que posee, es así como en el caso del matrimonio, se le van aplicar las reglas que hacen a la capacidad de las personas, los efectos, la responsabilidad, la nulidad, las sociedades, la sucesión, etc.¹²⁶

Por todo lo expuesto anteriormente, resulta evidente que deben ser aplicados los principios generales establecidos en el Código Civil sobre la responsabilidad, por no existir ninguna norma expresa que lo prohíba. En apoyo de todo lo expuesto se expresa en conformidad de ello que resulta: "*...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 y se impide que queden impunes quienes, a sabiendas, cometieron un daño*"¹²⁷.

3.2 No importa la falta de previsibilidad de esta clase de daños en una norma expresa, como si lo esta en materia de nulidad matrimonial-

En materia de nulidades matrimoniales, es el propio derecho de familia el que crea las normas específicas para la regulación y procedencia del resarcimiento de los daños causados como consecuencia de la nulidad, concluimos por lo tanto que en esta clase de vicisitud que puede sufrir la relación matrimonial, el derecho de familia es autosuficiente en sí mismo, pero esto no sucede siempre debido a que existen múltiples casos que no se encuentran contemplados en forma expresa dentro de este ámbito del derecho, sino que para resolver dichos conflictos se debe inexorablemente recurrir a los principios generales del derecho establecidos en otras órbitas del ordenamiento.¹²⁸

¹²⁵ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹²⁶ Véase, MEDINA Graciela, p. 52.

¹²⁷ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 51

¹²⁸ Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 53/54.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

La refutación de este argumento es muy similar al que se bosqueja en el anterior, solo que la diferencia radica en que acá no se pone el énfasis en el principio general de no dañar a otro para lograr la indemnización de los daños producidos por causa del divorcio, sino que se pone el acento en que procederá conforme los principios generales del ordenamiento jurídico, ya que si el legislador habría tenido en miras establecer normas especiales para la misma, las habría plasmado en el articulado del derecho de familia, debido a que así razono cuando se refirió al régimen de nulidades matrimoniales y la reparación de los daños que esta causare, y no en referencia a la responsabilidad civil que deriva del divorcio.¹²⁹

No es admisible entonces que se tome como base la omisión del legislador, para establecer la inexistencia de la acción resarcitoria. Si bien en el propio Código, y las leyes que posteriormente lo reformaron, existe una marcada ausencia en cuanto a una norma concreta que regule el daño moral en lo que hace al divorcio, no se puede decir que se prohíba su procedencia, al no haber norma expresa que lo permita o lo prohíba, por lo tanto sería viable el reclamo de dichos daños. Así también lo expresa la mayoría de los Camaristas en el fallo plenario que venimos haciendo alusión cuando nos dicen “... *la ausencia de normas particulares en la materia no puede ser aducida para inhibir la indemnización. No puede evidentemente acudir al silencio en la regulación legislativa de los efectos del divorcio en el régimen vigente, para obstar a un resarcimiento que si bien tiene conexión circunstancial con el divorcio, en realidad se correlaciona con el acto ilícito que condujera a su declaración...*”¹³⁰.

3.3 La reparación del daño no implica la indemnización del error en la elección, sino de los perjuicios que derivan de la misma-

Debemos decir que no se pretende el resarcimiento de estos daños como consecuencia del error en la elección de la persona con la que se contrae matrimonio, ya que esta situación no constituye el presupuesto para que proceda la responsabilidad civil. Todos sabemos que para que proceda el responsabilidad, se deben de probarse distintos presupuestos; uno de ellos es el haber causado un daño, no teniendo ninguna clase de relevancia observar si hubo buena o mala elección de la otra persona para contraer matrimonio, sino simplemente advertir si como consecuencia de esa elección se ha producido un menoscabo a los derechos del otro cónyuge, de ser ello positivo se configuraría uno de los presupuestos necesarios para

¹²⁹ Véase, MEDINA Graciela. Op. Cit. p. 55.

¹³⁰ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

que proceda la responsabilidad, debemos recordar que con la presencia de este solo presupuesto no sería suficiente, por lo tanto deberían de probarse además otros tres presupuestos, como son, la antijuridicidad del hecho, el nexo causal entre el hecho y el daño, y un factor de atribución, culpa o dolo que pese sobre la cabeza de la persona que realizó el obrar antijurídico. Es así como podemos concluir con esta idea citando un Fallo del Tribunal de San Isidro, de la Provincia de Buenos Aires, en donde se sostiene que “ ... *La reparación del daño derivado del hecho generador del divorcio no implica la indemnización del error de elección del cónyuge sino del perjuicio, así muchas veces puede mediar un error en las cualidades del otro contrayente pero eso no necesariamente ha de presuponer una indemnización, solo cabra la reparación si el compañero, erradamente elegido, comete un acto antijurídico que produzca un daño.* (CCC, San Isidro, Sala I, 1998/05/13, R. de H., S. c/ H., J.C., LLBA, 1998-1435)”¹³¹

3.4 No se daría como consecuencia la disminución de la celebración de los matrimonios-

Si bien se entiende que el matrimonio es de carácter voluntario y a su vez valorativo en una sociedad, y que ante la admisión de una indemnización por su disolución, las personas disminuirían su celebración, nos parece ilógico tomar a este argumento como un obstáculo para que proceda cuando corresponde la indemnización, alegando la posibilidad de que las personas en un futuro no quieran contraer matrimonio si existiese este precedente.

Además se debe decir que la regla no es que siempre proceda este tipo de acción resarcitoria, y que toda disolución del vínculo por medio del divorcio, desemboque inexorablemente en daños y por lo tanto en una indemnización de los mismos, sino que dependerá de cada caso en particular.

3.5 No existen daños que puedan quedar fuera de la reparación-

Como dijimos con anterioridad se propiciaba que ciertos daños quedaban fuera del alcance de las acciones tendientes a reclamar indemnizaciones por sus consecuencias, estableciendo así que estos solo quedaban en la esfera íntima de la persona, la que los debía de soportar. En contra de este argumento podemos establecer la siguiente respuesta, mediante el siguiente razonamiento, si el hecho es antijurídico, si a su vez se determina un nexo causal entre el hecho generador y las consecuencias dañosas, si se comprueba que se ha sufrido un daño cierto, y que

¹³¹ Véase www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

existe un factor de atribución por medio del cual se pueda reprochar esa conducta a una persona determinada, podemos decir que se encuentran reunidos todos los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad civil acorde lo establece nuestro Código Civil, por tal motivo ante la procedencia de la misma se verán resarcidos los daños que se hubieran ocasionado.

Concluimos por el razonamiento que anteriormente vertimos, que no existe ninguna clase de motivos que impidan rechazar la reparación de esta clase de daños, alegando que ciertos daños quedan fuera del alcance de la justicia, cuando se han configurado todos los requisitos que hacen a la existencia misma de los daños.

3.6 No tiene porque compensarse la obligación de alimento al cónyuge inocente con los daños que se generan con el divorcio-

Primeramente se debe expresar que las prestaciones alimentarias que debe el cónyuge culpable al inocente, son de carácter compensatoria, derivan del deber de asistencia que se deben ambos en el matrimonio, y que además tienen su origen o fundamento en el derecho de familia específicamente. En cambio, la indemnización que se pretende por los daños y perjuicios que derivan del divorcio, tienen otro carácter, esta será reparadora o resarcitoria de los daños que se han causado, en cuanto a su fuente u origen debe decirse que no se encuentra dentro del derecho de familia, sino dentro del ámbito de la responsabilidad civil establecida por el Código Civil. Decimos por lo tanto que nos encontramos frente ha prestaciones distintas, las cuales no pueden compensar entre sí, sino que deberán de proceder cada una de ellas en forma separada para conseguir el fin para las cuales fueron establecidas que no es común a las dos.

Acorde la Dr. GRACIELA MEDINA mediante la cita que realiza la misma de la jurisprudencia, nos establece el siguiente de los argumentos a favor de lo que dijimos con anterioridad *“Los efectos que la culpabilidad en la separación personal y el divorcio vincular comportan, carecen de carácter reparatorio por los daños que le afrenta susceptibles de provocar el divorcio pueda ocasionar al otro cónyuge, ni de los que el divorcio por si 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*

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

*aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio al aspecto familiar y la indemnización al aspecto patrimonial*¹³².

Si miramos en el derecho comparado, por ejemplo en Francia se admite la reparación de los daños y paralelamente la prestación de alimentos, sin que se considere que la condena a pagar alimentos y daños y perjuicios implican una doble indemnización por la misma causa, sino todo lo contrario son dos indemnizaciones que tiene su origen en distintas causas, como anteriormente se explicito.¹³³

3.7 La obligación de indemnizar el daño causado en el divorcio tiene contenido patrimonial y es por lo tanto una obligación en sentido estricto-

Se estableció que para que procedan las indemnizaciones, las obligaciones que le dan origen a estas deben ser necesariamente de contenido patrimonial, motivo por el cual no procedería la indemnización de esta clase de daños por no tener tal contenido las obligaciones que surgen del divorcio. Diremos que todas las obligaciones jurídicas que derivan de la figura del matrimonio están determinadas por la ley, y alegar el carácter personal o no patrimonial de las mismas, no justifican la imposibilidad de resarcir los daños que nazcan como consecuencia del incumplimiento que se genere.

Toda esta apreciación hace que concluyamos que existe con total independencia del contenido (patrimonial o extrapatrimonial) de la obligación, un deber genérico que pesa sobre la persona de cumplir con las obligaciones que ha contraído, es así como este deber pesa sobre la persona que ha incumplido con una obligación extrapatrimonial ante la realización de un daño a otro, transformándose el contenido de la obligación que pesaba sobre este individuo, pasando a ser un obligación de contenido patrimonial, por deberse desde ahora el resarcimiento por los daños que se produjeron, configurándose así una obligación en sentido técnico como se exigía en el argumento anteriormente vertido..¹³⁴

3.8 No es necesaria una legislación expresa en los países que admiten la indemnización-

Los países que admiten esta clase de reparación dentro de su ordenamiento poseen una norma explícita que la contempla, es cierto que en estos mismos países,

¹³² MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 58.

¹³³ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 58.

¹³⁴ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 60

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

no fue desde un comienzo la inclusión en el plexo positivo de esa norma que expresamente establece el resarcimiento de los daños que nos competen, sino que fue evolucionando, primeramente se admitió el resarcimiento en la jurisprudencia, posteriormente en la doctrina, para así desembocar por último en el derecho positivo en una norma específica.¹³⁵

Por todo lo expuesto podemos concluir que nada obsta a que en nuestro derecho no esté sucediendo lo mismo con esta clase de resarcimiento, debido a que en nuestra jurisprudencia ya ha sido receptada esta cuestión en algunos fallos, estos no son unánimes en cuanto a la procedencia o no del resarcimiento, mientras que en el ámbito de la doctrina que si bien se encuentra dividida podemos decir que existen ciertos autores (podemos decir la mayoría) que si contemplan su procedencia.

En la actualidad a nuestro criterio este conflicto en nuestro derecho se encontraría en las manos de los jueces, en cuanto a la decisión sobre la procedencia o no del reclamo de esta clase de daños, conforme el análisis de la jurisprudencia, doctrina y sana crítica racional, hasta tanto se proceda a incorporar la indemnización al ordenamiento jurídico por medio de una norma expresa la solución definitiva.

3.9 *No se aumentaría la litigiosidad contradictoria por su admisión-*

Si un cónyuge demanda al otro por violencia, lesiones sufridas o daño moral infringido sobre su persona, no quiere decir que por este accionar ante los tribunales, se produciría la ruptura de la armonía entre ambos, sino que se debe de pensarse que la misma ya fue rota con anterioridad por quien resulta demandado por haber cometido un daño, por lo tanto la proliferación de este tipo de reclamos no produciría aumento de la litigiosidad entre los cónyuges, ya que la misma se encuentra desatada con anterioridad. Concluyendo así que no es argumento válido para frenar el resarcimiento, alegar la hipotética perturbación de la armonía de la relación marital y dejar sin indemnizar el daño real de la víctima concreta, cuando se dan todos los presupuestos de la responsabilidad civil.¹³⁶

Cuando uno piensa en demandar el resarcimiento de un daño que se ha producido como consecuencia de un obrar antijurídico, enseguida decide excitar a un órgano jurisdiccional para que dirima el conflicto y haga lugar al reclamo.

¹³⁵ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 60.

¹³⁶ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 62.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

En la actualidad encontramos dentro del ordenamiento jurídico distintas alternativas que pueden ser utilizadas para solucionar esta clase de conflictos, sin necesidad de llegar a un proceso judicial contradictorio con todo lo que ello implica. Dentro de estas alternativas podemos mencionar, el arbitraje, la conciliación, mediación o la negociación, ámbitos estos donde se podría dirimir la procedencia o no de la reparación del daño que se han causado como consecuencia de la disolución del matrimonio, si así se lo hiciera no solo se conseguiría bajar el índice de litigiosidad y contrariedad entre las partes, sino que también se arribaría a soluciones muchos mas eficaces, al haberlas tomado las partes tratando de encontrar la solución que favorezca a ambas partes, subiría así el cumplimiento de estos acuerdos, y se produciría la desaparición de los conflictos.

A favor de estos modos alternativos de resolver los conflictos en este caso en particular que se subsistan entre los cónyuges como consecuencia del divorcio, el Dr. Kiper en el fallo plenario de los camaristas en 1994 expreso lo siguiente, “...*hoy día se ha dado gran impulso a la mediación, como una valiosa herramienta alternativa para resolver las contiendas judiciales, tratándose de un ámbito que busca, contrariamente, poner el acento en los aspectos positivos de las situaciones planteadas, en lugar de centrar el trabajo en elementos que poco colaboran a sortear los obstáculos que parecen usualmente paralizar la vida de las partes...*”¹³⁷.

3.10 La dificultad de determinar la culpa en el divorcio no obsta a la indemnización por daños-

La posibilidad o imposibilidad de imputar a uno de los cónyuges la culpabilidad de la disolución del matrimonio, que en ciertos casos se torna complicada debido a que ambos han contribuido a la ruptura del vínculo, nada tiene que ver con la posibilidad de que por los daños causados ante dicha disolución no proceda la reparación de ellos, siempre que se comprueben todos los presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad civil. Es por eso que siempre cabría la posibilidad de resarcir los daños que surgen del divorcio vincular, independientemente que uno de los cónyuges, sea culpable y otro inocente, o que ambos sean culpables.¹³⁸

¹³⁷ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallp.htm>

¹³⁸ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 62.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

3.11 *No se retornaría al principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial-*

La admisión de una demanda por daños y perjuicios derivados de un divorcio, no tendría como consecuencia el retorno al principio de indisolubilidad del ligamen matrimonial, por miedo a que si se realiza el divorcio vincular siempre uno de los cónyuges pida daños en ocasión de la disolución, no podemos establecer a este razonamiento como regla, ya que no es constante, sino que son algunos los casos en que el divorcio y la indemnización de daño son consecuencias inmediatas de la disolución del matrimonio.

Es así como la Dr. GRACIELA MEDINA nos dice “*consideramos que ello no es así porque el aceptar que los daños producidos por el divorcio deban indemnizarse no violenta la libertad de poner fin al vínculo matrimonial sino que, por el contrario, acepta que toda unión conyugal pueda finalizarse pero sanciona a quien lo hace abusivamente, de mala fe o causando un daño al otro, tal como lo hace con cualquier contratante que pone fin a un acuerdo dañando al otro cocotratante*”¹³⁹.

3.12 *No se involucran a los tribunales en disputas triviales entre esposos-*

Esta clase de conflictos que se dan entre los esposos o cónyuges, no son triviales o insignificantes para los tribunales como cierta clase de la doctrina pretende que se entienda.

A favor de la afirmación anteriormente vertida, solo basta con mirar lo que se establece en nuestro ordenamiento legal en materia de responsabilidad, de donde surge el principio *alterum non laedere* (el deber de no dañar a otro), cual surge del Art. 1109 del Código Civil cuando nos dice “*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil...*”.

Podemos establecer que no nos encontramos ante una cuestión trivial, cuando se ha producido un daño entre los cónyuges, que no pueda ser presentado ante los órganos jurisdiccionales para dirimirse.¹⁴⁰

¹³⁹ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 64-65.

¹⁴⁰<http://www.newsmatic.e->

[pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30982&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%E1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30982&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%E1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo)

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO IV
ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS QUE DEBEN EXISTIR PARA
QUE SURJA LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO
CONSECUENCIA DEL DIVORCIO

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1. Consideraciones Preliminares:

Podemos decir que al igual que se cuestiona sobre la procedencia o no del resarcimiento de los daños morales ante la disolución del vínculo matrimonial, también se cuestiona dentro de quienes admiten la procedencia del mismo, en cual de las dos orbitas de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, que establece nuestro Código Civil encuadrarían dichos daños, con el fin de saber como se deberán analizar cada uno de los presupuestos que deben existir para que se configure dicha responsabilidad, como así también saber que regulación le será aplicable al resarcimiento, y cual será el plazo de prescripción que le correrá al damnificado para poder accionar.¹⁴¹

Primeramente analizaremos la doctrina minoritaria en nuestro país que considera atinente aplicar la responsabilidad contractual por los daños derivados del divorcio, debido a que no solamente esta clase de responsabilidad puede ser aplicada cuando exista un contrato preexistentes entre las partes, sino que también será aplicable toda vez que exista alguna obligación preexistente nacida de un acto lícito, y que pese sobre alguna de las partes su cumplimiento deberá aplicarse irremediamente la responsabilidad contractual; con total independencia de la fuente de donde derive dicha obligación, la cual no debe de ser si o si contractual, sino que puede tener también origen en la propia ley, este sería el caso de los deberes matrimoniales que surgen desde el momento de la celebración del matrimonio en forma legal. Así lo expresan en el plenario de la Cámara Nacional Civil de 1994, los Dres. Carlos R. Degiorgis y Calatayud, cuando nos dicen *"...hay un vínculo preciso en el matrimonio, y cualquiera que sea la fuente de este, no será un delito ni un cuasidelito, únicos casos en que se aplica la responsabilidad aquiliana... el incumplimiento a los deberes puede generar un ilícito constituir un ilícito, pero las obligaciones de fidelidad, de cohabitación, de alimentos, etc. nacen de fuente lícita, por ello el incumplimiento de estas obligaciones da cabida a una responsabilidad contractual... No se puede identificar el genérico deber de no dañar a otros con la obligación específica de no dañar al cónyuge que está integrando en una relación y es acreedor de prestaciones consistentes en conductas apropiadas a las circunstancias..."*¹⁴².

En cambio si se tomara en cuenta que ante estos casos existiría una violación al deber genérico de no dañar al otro, se estaría estableciendo la inexistencia de

¹⁴¹ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 73.

¹⁴² <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

obligaciones previas entre los cónyuges, cuestión que se considera errónea por el argumento anteriormente esgrimido. Esto traería como consecuencia el surgimiento de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, ya que se vería violentado el principio de no dañar a otro y no una obligación preexistente, se constituiría entonces así la responsabilidad por hechos ilícitos, con el incumplimiento específico de no dañar al cónyuge que sería el acreedor de diversas prestaciones que surgen de las circunstancias propias del matrimonio.

A modo de conclusión podemos decir que esta parte de la doctrina, sostiene que si existen obligaciones que tiene nacimiento en forma concomitante a la celebración del matrimonio, cualquiera sea la fuente de este, es por eso que no será nunca un delito o cuasidelito, lo que traiga aparejado el incumplimiento o responsabilidad en este ámbito del derecho, sino una responsabilidad contractual por no haber cumplido con las obligaciones preestablecidas.¹⁴³

Como sustento de lo que anteriormente dijimos citaremos a la Dra. GRACIELA MEDINA en su libro cuando comenta o analiza sobre esta postura “*el incumplimiento a los deberes puede generar un ilícito o constituir un ilícito, pero las obligaciones de fidelidad, de cohabitación, de alimentos, etcétera, nacen de fuente lícita; por ello, el incumplimiento de estas obligaciones da cabida a una responsabilidad contractual*”¹⁴⁴.

Nos centraremos ahora en el análisis de la otra postura doctrinaria mayoritaria a nivel nacional, esta propicia que ante los daños y perjuicios derivados de la disolución del vínculo matrimonial, la responsabilidad que debería aplicarse sería la de carácter extracontractual o aquiliana; esto deriva de considerar que ante estos comportamientos se violenta el deber genérico de no dañar a otro o lo que es lo mismo el principio *neminem laedere*.

Como respuesta al razonamiento realizado por la tesis minoritaria, se debe establecer que, si bien es verdad que como consecuencia del matrimonio surgen algunas obligaciones para ambos cónyuges y que su fuente es legal, nada tiene que ver con equiparar a estas obligaciones con aquellas que nacen de los contratos, las cuales son libremente convenidas por las partes, cuestión que no sucede en este caso ya que estas obligaciones se encuentran preestablecidas por la ley, sin poder las partes disponer de las mismas en forma voluntaria, por lo que no sería procedente la aplicación de las reglas establecidas para la responsabilidad contractual.

¹⁴³ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 73-74.

¹⁴⁴ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 74.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Es en este contexto como se llega a concluir que serán aplicables todas las reglas derivadas de la responsabilidad extracontractual que se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, por las consecuencias dañosas derivadas de algunos hechos que han dado lugar al divorcio o disolución del ligamen.¹⁴⁵

Tomando posición una vez analizadas las dos posturas, a nuestro modo de ver nos inclinamos por la aceptación de la teoría mayoritaria, que considera la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual a esta clase de daños, ya que se encuentra implícito antes los hechos y los daños derivados del divorcio la violación al principio de no dañar a otro, y por lo tanto la posibilidad de resarcimiento de estos daños surgirá así del Art. 1109 del Código Civil. Debido a este razonamiento es que a con continuación realizaremos una análisis mas profundo de esta orbita de responsabilidad y los distintos presupuestos que deben existir para que ella proceda, estos son la antijuridicidad, la imputabilidad o factor de atribución, el daño y la relación de causalidad.

2. Presupuestos de la responsabilidad civil aplicados al caso en estudio

2. 1 Daño-

Para que se configure la responsabilidad civil, no solo debe realizarse un obrar antijurídico por parte del actor, sino que por medio de este se deberá causar alguna tipo de daño sobre el otro, conforme así surge del Art. 1067 del Código Civil que nos dice “*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*”, en concordancia con el Art. 1068 del CC que nos reza en su letra “... *habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo o una facultad*”.¹⁴⁶

Ante la realización de un daño como consecuencia de la ejecución por parte de uno de los cónyuges de algunas de las causales que ponen fin al vínculo matrimonial, anteriormente desarrolladas, automáticamente se verán lesionado los derechos

¹⁴⁵ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 74-76.

¹⁴⁶ Véase MENDEZ COSTA, María, “Separación Personal, Divorcio y Responsabilidad Civil. Sus fundamentos”. p. 657/658 en “DERECHO DE DAÑOS” libro homenaje al Dr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Editorial La Roca. Bs. As. 1989.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

subjetivos que se establecen en ocasión de constituirse el matrimonio, estos tiene su fuente en la propia ley. La titularidad de las relaciones jurídicas o de los deberes, le corresponderá indistintamente a uno u otro cónyuge, ya que son recíprocos entre ellos. A modo de síntesis se podrá decir citando las palabras de la Dra. MENDEZ COSTA “...que al derecho de uno de los esposos se le yuxtapone el deber jurídico correspondiente al derecho subjetivo paralelo del otro consorte”¹⁴⁷.

En cuanto a las pruebas de los hechos ilícitos o causales cometidas por uno de los cónyuges, se debe decir que, no es necesaria la demostración de las causales debido a que las mismas se encuentran tipificados por la propia ley, esto hace a que solamente deban de ser alegadas y lo que si se deberá probarse es que la persona del cónyuge cometió una de ellas.

Así podemos decir que, cuando se configure la causal de adulterio automáticamente se entenderá que se encuentra lesionando el deber de fidelidad que pesa sobre el cónyuge, si se tratara de la causal que se produce por injurias graves o instigación a cometer un delito diremos que el deber que se encuentra lesionado es el deber a ser moralmente asistido, mientras que si se hubiera producido el abandono del hogar conyugal se estaría violentando el deber a la convivencia o cohabitación. Sin perjuicio que simultáneamente se lesionen otras clases de derechos, que son independientes o anteriores al matrimonio, y que surgen del propio ordenamiento jurídico en su integridad, como son el de la vida, el honor, la personalidad u otros, los cuales si deberán ser probados con mayor énfasis dentro del proceso.¹⁴⁸

En cuanto a las manifestaciones de los daños en la realidad y su producción, debemos decir que se estos se ven plasmados en las más variadas conductas que puede realizar una persona. Si nos centraremos en las consecuencias que se originan cuando se realiza alguna de las causales de divorcio, debemos de recordar la existencia dos clases de daños, uno de carácter patrimonial y otro de carácter moral o extrapatrimonial. En cuanto a los daños patrimoniales que surgen de este accionar, en la realidad ellos se pueden ver realizados bajo distintas clases de menoscabos realizados sobre la persona del cónyuge, ya sea que estos “...afecten la reputación e incidan en la actividad laboral o profesional disminuyendo expectativas razonables de obtener ingresos, en lesiones psíquicas o físicas sufridas, el contagio de enfermedades, la destrucción de bienes”¹⁴⁹. En cambio si nos movemos al campo de

¹⁴⁷ MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 658.

¹⁴⁸ Véase MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 658.

¹⁴⁹ MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 659.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

del daño moral o extrapatrimonial, entramos dentro del terreno de las lesiones que se producen a los sentimientos y afecciones de la persona del esposo, en cuanto a su honor, integridad física, dignidad o seguridad personal, un ejemplo de ello sería la pérdida de esperanzas por parte del consorte de llevar adelante una vida matrimonial normal, en el marco de los deberes establecidos por la ley para tal fin, trayendo así como consecuencia el daño en el proyecto de vida del cónyuge.¹⁵⁰

Existe otra clases de daños, dentro de este ámbito de estudio, son aquellos derivados en la realidad de la sentencia en sí de separación personal o divorcio vincular, en cuanto a sus expresiones en el mundo exterior, primeramente se dice que serán alegados como daños patrimoniales por ejemplo, la disolución de la sociedad conyugal de pleno derecho, ya que la misma trae aparejada como consecuencia inevitable la partición de los bienes gananciales que la constituían, trayendo como corolario el desplazamiento del nivel socioeconómico de la vida que hasta ese momento llevaba el cónyuge, daño que se agrava mucho más, cuando el cónyuge que sufre el mismo se trata de la mujer, porque ella acarrea no solo con estas secuelas, sino también con el desafío de emprender fuera de su hogar conyugal una tarea remunerada para poder sostener, al mismo tiempo y en forma conjunta con su esposo, los gastos extraordinarios que acarrean la crianza de sus hijos. Otro daño que eventualmente se podría alegar, es la pérdida de la vocación hereditaria por parte del cónyuge inocente la que conservaba solamente hasta el momento en que la sentencia puso fin al matrimonio, debido a que se verían conculcado un montón de expectativas de la persona, quien en algunos casos ni tiene la intención de que se lleve a cabo la disolución del matrimonio, o simplemente desconoce la existencia de dicho proceso.¹⁵¹

Concluyendo diremos que, no nos alcanzaría el trabajo para continuar con la enumeración de los distintos daños que se pueden dar ya que nunca se acabarían, debido a la gran casuística que se da en el mundo exterior, cada uno de estos daños podrían ser alegados ante los tribunales por parte de los cónyuges con el objeto de obtener un resarcimiento, cuestión esta que quedara librada a cada uno de los casos en particular.

¹⁵⁰ Véase MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 659.

¹⁵¹ Véase MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 659/660.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

2.2 Antijuridicidad-

Debemos recordar que una conducta es antijurídica, cuando infringe o es contraria a los mandatos o prohibiciones que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico, o cuando es contraria a derecho.

Centrándonos en las conductas que se describen a lo largo del Art. 202 del Código Civil, diremos que ellas constituyen conforme el ordenamiento lo establece causales que traen como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, de su enunciación se desprende que para la ejecución de estas se requiere que alguno de los cónyuges realice conductas antijurídicas, debido a que en cada una de ellas se hace referencia a la violación de alguno de los deberes jurídicos legalmente establecidos en el marco de las relaciones matrimoniales, los cuales fueron libremente asumidos por ambos cónyuges.

Por tal motivo diremos que ante la realización de alguna de estas conductas por parte de uno de los cónyuges, la misma traerá aparejada consecuencia dañosas que gravitaran dentro de la faz patrimonial o extrapatrimonial del otro cónyuge inocente, ósea de aquel que no realizó dicha conducta, de allí que nazca una obligación de reparar los daños que se han causado. En sustento de esta aserción traeremos a colación una apreciación vertida en un fallo del Tribunal de Quilmes, de la Provincia de Buenos Aires, en donde se establece que “... *La admisión de cualquiera de las causales del art 202 del dicho ordenamiento, implica admitir la existencia de una conducta ilícita, violatoria de deberes de observancia inexcusables en el matrimonio que generan la sanción de divorcio y que, si además esa conducta causa un perjuicio cierto al otro cónyuge, nada impide adentrarse en el campo de la correspondiente indemnización, considerando que con ella no se afecta la faz sancionatoria impuesta por el régimen legal del matrimonio, por tratarse en el caso solo del aspecto resarcitorio de la cuestión. (CC, Quilmes, Sala I, 1997/11/18, Acosta Leonardo c/ Rodríguez Malitona s/ Divorcio Vincular Contradictorio, RSD-44-97)*”¹⁵²

Analizando los deberes que se ven violados cuando se realiza cada una de las conductas, comenzaremos diciendo que las mismas se encuentran establecidas en el Art. 202 del Código Civil, y que pueden ser agrupadas dependiendo de los deberes o derechos que se lesionen. Con la realización por parte de uno de los cónyuges de los comportamientos enunciados en los Incs. 2 y 3, se estaría violando algunas prohibiciones que se encuentran implícitas en nuestro ordenamiento jurídico, que resultan de deberes jurídicos sobreentendidos, como son el de respetar la vida ajena,

¹⁵² Véase www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

ya que con esta conducta se atenta contra la vida del otro cónyuge o de sus hijos, pero a su vez se estaría quebrantando otro deber como es el de asistencia conyugal que se deben los cónyuges entre sí. Mientras que si se realizaran los comportamientos plasmados en los incs. 1, 4 y 5 del mismo artículo, se vulnerarían deberes jurídicos que se encuentran específicamente impuestos a los esposos por la ley, como son el deber de fidelidad (Inc. 1 del Art. 202 del CC), de asistencia y alimentación (Inc. 4 del Art. 202 del CC), y de cohabitación (Inc. 5 del Art. 202 del CC). En cuanto a las causales contempladas en los Arts. 204 y 214 Inc. 2 del Código Civil, debemos decir que ante su realización se vería conculcado el deber de cohabitación.¹⁵³

La antijuridicidad no se debe predicar sobre la resolución judicial o la demanda de separación personal o de divorcio, ya que son derechos irrenunciables para las partes. Sino que deberá predicarse, o bien sobre las consecuencias dañosas que se producen por la realización de algunas de las causales anteriormente descritas, ya sea en forma anterior o posterior al dictado de la sentencia, o sino sobre aquellos efectos dañosos que se produjeron como consecuencia de la sentencia que declara la separación personal o el divorcio vincular.¹⁵⁴

Podríamos concluir que si aplicamos a cada una de las reparaciones el Art. 901¹⁵⁵ del Código Civil que trata de las consecuencias, según lo establece en su texto la Dra. MENDEZ COSTA citando al Dr. BARBERO que, los daños derivados de las causales serían consecuencia inmediatas por tener una conexión causal de primer grado entre el hecho generador y los daños, mientras que los daños derivados del proceso del divorcio en sí mismo, son consecuencias mediatas según los términos de este artículo, por tener una conexión causal de grado más lejano.¹⁵⁶

2.3 Imputabilidad o factor de atribución-

Si nos remontamos al marco teórico en donde desarrollamos los presupuestos necesarios para que proceda la responsabilidad civil, allí se estableció que uno de ellos era el factor de atribución, con el hacíamos referencia a la posibilidad de imputar

¹⁵³ Véase MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 653-654.

¹⁵⁴ Véase MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 654/655.

¹⁵⁵ **Art 901 del Código Civil** "*Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas"...*"

¹⁵⁶ Véase MENDEZ COSTA, María. Op. Cit. p. 65.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

o reprochar determinada conducta antijurídica a un autor determinado, ya sea reprochándolo subjetivamente por medio del dolo o la culpa, o sino en forma objetiva a través del riesgo creado, la garantía, la seguridad, el abuso del derecho, etc.

Estableceremos que solamente serán viables y se deberán los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia del divorcio, cuando dicho divorcio ha sido atribuido con culpa para alguna de las partes, y no en aquellos donde no existiese atribución de culpa, ni tampoco de aquellos donde se han presentado ambos cónyuges por medio de la presentación conjunta, por el simple hecho de que no se podrá realizar ningún juicio de atribución o imputabilidad sobre la conducta realizada. También diremos que en principio no procederían los factores objetivos de atribución.¹⁵⁷

En cuanto a la procedencia de los factores de atribución subjetivos, dolo o culpa en esta clase de daños, y la forma en que deberían ser merituados o valorados estos factores, existen distintas doctrinas han esgrimido sus opiniones, por lo que a continuación haremos un breve recuento de las mismas.

2.3.1 *La culpa como factor de atribución-*

Siguiendo a la Dra. GRACIELA MEDINA en su libro cuando nos cita al Dr. CIFUENTES y su doctrina, debemos decir que el mismo nos establece la importancia que tiene la gravedad en que se cometa el hecho culposo. Para el Dr. Cifuentes solo procedería la reparación de los daños que derivan del divorcio, si de las conductas generadoras se desprendiera una fuerza dañosa tal que cause un el daño, ya sea en el prestigio, espíritu, en lo físico u orgánico de la persona del otro cónyuge, trayendo como consecuencia una lesión a un bien extrapatrimonial del mismo, el cual debe ser susceptible de compensarse con carácter autónomo y en forma pecuniaria. Se pueden citar como ejemplos de ello, un insulto esgrimido en público que provoque un verdadero escándalo trayendo las consecuencias antes mencionadas, o una consumación de adulterio que salga a la luz y sea conocido por todos, y que como consecuencias produzca el rebajamiento y la estigmatización de ese cónyuge frente al resto de la sociedad, u otros casos que se deberán analizarse en concreto.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Véase MEDINA, Graciela. DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA. 2ª Edición actualizada. Editorial RUBINZAL - CULZONI -EDITORES. Santa Fe, 2008. p. 79.

¹⁵⁸ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 80.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Existió en la historia del derecho una teoría que fue plasmada por los Glosadores, y que se conoce con el nombre de división tripartita de la culpa, la cual al referirse sobre el factor subjetivo de atribución de la culpa, la dividió en tres, diciendo que la misma puede ser grave, leve y levísima. Si debemos caracterizar cada una de ella, será necesario remitirnos al libro de la Dra. GRACIELA MEDINA en donde la misma nos cita al Dr. ORGAZ, ALFREDO para hacernos referencia sobre esto de la siguiente forma *“La culpa grave se caracteriza “por la negligencia grosera en el cumplimiento de la obligación, la culpa de 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 levísima, consistente en no haber tenido el cuidado de un diligentísimo padre de familia”*¹⁵⁹.

La importancia que se le puede dar a esta teoría en el marco general de los daños en las relaciones en familia, y en particular en el caso que nos compete, es para determinar en la práctica o realidad que clase de conductas culposas, van a tener la entidad necesaria como para generar la posibilidad de accionar por el resarcimiento de los daños causados. Es así como si en forma general se admitiera que cualquier clase de conducta culposa trae aparejado el resarcimiento de los daños dentro de la orbita del divorcio, se daría el problema de que como todo proceso de disolución del ligamen siempre se comete por alguna conducta culposa, existiría siempre la posibilidad de solicitar los daños y perjuicios correspondientes por dicha conducta; mientras que si tomáramos lo que nos plantea esta doctrina, diremos que solamente sería procedente el reclamo por los daños que deriven de un comportamiento realizado con culpa grave por parte de uno de los cónyuges, es así como veríamos circunscripto al ámbito de la responsabilidad.¹⁶⁰

En esta oportunidad nos parece apropiado en cuanto a la gravedad o no que debería poseer la conducta del cónyuge para que sea viable la indemnización de los daños que se le ocasionaron al otro esposo, realizar el análisis de lo que nuestro ordenamiento jurídico sobre el mismo.

Nuestro ordenamiento jurídico en general no acepta la diferencia entre culpa grave y leve, aunque se debe hacer la salvedad en el ámbito del derecho de familia en donde si en algunos casos en particular se establece tal distinción. Es así como en el Art. 461 del Código Civil bajo el título “de las cuentas de la tutela” se contempla un

¹⁵⁹ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 81.

¹⁶⁰ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 82.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

caso en donde el legislador hace la diferenciación del obrar culpable, estableciendo que “*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.*” También se contempla dicha diferenciación, cuando se establece que las injurias que producirán o constituirán causal de divorcio deben de ser graves, eso quiere decir que no cualquier conducta podrá encuadrarse dentro de ella, ya que una conducta levemente culpable, no solo no constituiría una causal de divorcio sino que tampoco sería un factor de atribución a tener en cuenta para que proceda la responsabilidad civil, desde que no se configuraría uno de los presupuestos necesarios para su procedencia, como es la existencia de un factor de atribución.¹⁶¹

Por todo lo analizado sobre las distintas teorías concluimos, que a nuestro modo de ver la teoría que propicia la división de la gravedad del obrar culposo para establecer cual de todas las conductas culposas traerían aparejadas una indemnización por los daños que ocasionen, sería la apta para configurar aquellas conductas antijurídicas que dieran lugar al reclamo de los daños derivados de estas.

2.3.2 El dolo como factor de atribución-

Sobre este factor de atribución subjetivo, también se presenta una dicotomía, por un lado se encuentran aquellos que propician una teoría restrictiva por medio de la cual se sostiene que solamente sería procedente este factor de atribución y no la culpa en los casos de divorcio; mientras que por otro lado se encuentran aquellos que propician una teoría más amplia para quienes cualquiera de los dos factores de atribuciones subjetivos (dolo o culpa) serían compatibles con la responsabilidad derivada del divorcio.

Si nos centramos en la teoría restrictiva anteriormente mencionada, podemos decir que uno de los que sostiene esta teoría es el Dr. MOSSET ITURRASPE el cual se encuentra citado por la Dra. GRACIELA MEDINA en su libro, es así como este autor sostiene que todas las causales que llevan al divorcio inexorablemente son producidas por comportamientos queridos por el autor o cónyuge, siendo estos comportamientos dolosos, debido a que el autor sabe de antemano los resultados dañosos que va acarrear su conducta. Esta situación se produciría en todos aquellos casos en que el

¹⁶¹ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 82/83.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

obrar del cónyuge atente contra los deberes matrimoniales, los cuales debían ser respetados por ambos cónyuges, ya que quien realiza esta conducta sabe en forma concomitante a la realización del hecho que esta violando un deber establecido por la propia ley, y que los daños que se produzcan van a ser las consecuencias de su actuar.¹⁶²

Concluimos a favor de la teoría amplia admitiendo tanto el dolo como la culpa. Si bien es cierto que quien motiva la producción del divorcio o de la separación personal, mediante uno de los comportamientos contemplados por el Código Civil, sabe que esta realizando una acción en contra del otro cónyuge que traerá aparejado daños, no siempre será ese el ánimo que tenga en miras el esposo al accionaren, un ejemplo puede ser cuando uno de los cónyuges esgrime injurias graves sobre el otro consorte sin tener la intención de ofenderlo en forma directa, pero si estas conductas son analizadas dentro del contexto del matrimonio y como deben de actuar los cónyuges entre sí, diremos que esta conducta puede derivar en antijurídica en relación con los deberes maritales y desembocar así en un daño que puede ser resarcible.¹⁶³

2.4 Relación de causalidad o nexo causal-

Debemos centrarnos en determinar como por medio del Derecho Civil, en particular por el Derecho de Daños, se le podrá atribuir al cónyuge autor de una conducta antijurídica imputable realizada en el contexto del matrimonio aquellas consecuencias dañosas que se produjeron con motivo de la misma.

Para comenzar con este análisis primeramente debemos citar la teoría de la causalidad adecuada, contemplada y adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, conforme la cual es la persona del juez la encargada en estos y en todos los casos de realizar un juicio de valor abstracto sobre la relación de causalidad, retrotrayéndose mentalmente al momento preciso en que se realizo la conducta antijurídica por parte del cónyuge, por medio de este juicio valorativo o de idoneidad es que se le permite establecer al magistrado si la acción realizada por el esposo es o no idónea para producir sobre la persona del otro cónyuge los daños que se alegaron en la causa.¹⁶⁴

Por lo expuesto es que diremos que solamente serán aptas para configurar dicha relación de causalidad, aquellas conductas que son condición normal, o que es

¹⁶² Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 83-84.

¹⁶³ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 84.

¹⁶⁴ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p 787.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

lo mismo que por el curso normal, ordinario y natural de las cosas serían idóneas para producir ese resultado dañoso.

Para la realización del juicio valorativo se deberá tener en cuenta todas aquellas circunstancias intermedias que se presentan dentro del modo normal de producción de esta conducta, sin que hayan mediado ninguna clase de factores anómalos o extraordinarios entre medio. Puede ocurrir que durante el análisis de la relación de causalidad se detecte que han incidido de forma anormal en el curso natural de los acontecimientos, factores anómalos, intermediario o extraordinarios, si esto sucede estaremos en presencia de lo que en responsabilidad civil se conoce como interrupción del nexo causal.

Si se realiza la interrupción del nexo causal entre la conducta y la consecuencia dañosa, debemos decir que como consecuencia se lo exime de responsabilidad al autor de la conducta antijurídica. Debemos aclarar que en cuanto a los eximentes de responsabilidad que se pueden aplicar en los daños que proceden del divorcio, diremos que procederán los eximentes en general establecidos en el Código Civil para cualquier clase de relación de causalidad.¹⁶⁵

Como fundamento de todo lo anteriormente vertido sobre la interrupción del nexo causal, debemos citar a la Dra. GRACIELA MEDINA que en su libro “Daños en el Derecho de Familia” cuando trata sobre la responsabilidad por los daños derivados del divorcio, nos cita cierta jurisprudencia que nos parece idónea traerla a nuestro texto, estableciendo que *“... la sala A de la Cámara Nacional Civil de la Capital ha dicho que “Aun cuando la conducta del marido haya sido injuriosa, si los actos decorosos por él cometidos se llevaran a cabo después de la separación de hecho, de modo que no afrentaron públicamente a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales, no corresponde establecer una reparación por daño moral”¹⁶⁶.*

También la Dra. GRACIELA MEDINA cita la siguiente Jurisprudencia, *“... la sala E de la Cámara Nacional Civil de la capital ha sostenido que “Para que exista daño moral que genere una reparación, no basta con 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 -*

¹⁶⁵ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 78.

¹⁶⁶ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 79.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

aun cuando no justificar - a las actitudes que se estimaron injuriosa de parte del marido, el pedido es improcedente”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 79.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO V
POSIBLES DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES O PATRIMONIALES,
DERIVADOS DEL DIVORCIO INDEMNIZABLES POR LOS
CÓNYUGES.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Este capítulo tiene como objetivo establecer cuales serían las distintas clases de daños que derivan de la disolución del vínculo matrimonial ya sea tanto dentro del marco de los daños patrimoniales como así también extrapatrimoniales.

1. Daños patrimoniales-

Esta clase de daños se produce cuando las consecuencias dañosas que surgen de la disolución del ligamen, afectaran la faz patrimonial del cónyuge, por tal motivo es que se debe determinar si los mismos son susceptibles de resarcimiento o no en lo que respecta a este tema la jurisprudencia resulta bastante casuística, al igual que la doctrina, debido a no poderse suministrar en forma taxativa o enumerativa de todos los daños que se pueden ocasionar por ser muy amplios los mismos, es por eso que la realización o no de un daño deberá de ser analizada dentro de cada caso en concreto.

A modo ejemplificativo podemos decir que el resarcimiento de los daños que se pretenden alcanzar pueden derivar de, o bien de aquellos gastos que se ocasionan por el cuidado y mantenimiento de los hijos por parte de uno solo de los cónyuges, o por aquellos daños que son generados por las lesiones los cuales requieren de erogaciones en la atención médica, a su vez las mismas pueden ocasionar o no el surgimiento del lucro cesante debido a la incapacidad provocada, ya sea esta transitoria o continua en lo laboral. También podrá accionarse, por aquellos escándalos promovidos públicamente que afecten el crédito laboral o profesional del agraviado, la destrucción de bienes en el período del litigio por no haberse podido hacer cargo el cónyuge de la administración de los mismos, y otros mas, los cuales surge De las Jornadas de Derecho Civil de 1990.¹⁶⁸

También se podrán establecer en forma ejemplificativa sobre los daños que surjan en lo patrimonial de uno de los esposos como consecuencia del proceso de disolución del vínculo matrimonial propiamente dicho. Entre ellos podemos nombrar los gastos extraordinarios derivados de la acción de divorcio, aquellos generados a su vez por la división de los bienes que conformaban la sociedad conyugal, etc.¹⁶⁹

Pero existe un daño en particular que es la modificación o la pérdida del nivel socioeconómico que gozaba el cónyuge durante el matrimonio, sobre el cual se ha planteado una dicotomía sobre el origen que debe tener la indemnización de los

¹⁶⁸ Véase, <http://www.orientacionlegalparatodos.com/?p=250>

¹⁶⁹ Vease, <http://www.orientacionlegalparatodos.com/?p=250>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

mismos, por un lado se plantea si se debe considerar como daño en sí, si así fuera se debería de pedir la indemnización de estos daños aplicando las normas generales de la responsabilidad civil; y por otro lado si conforme se establece en el Art. 207¹⁷⁰ del Código Civil, estos encuadrarían dentro del deber de alimento que le debe el cónyuge culpable al inocente, ya que al culpable le corresponde el mantenimiento de ese nivel socioeconómico que gozaba el otro esposo durante la convivencia por aplicación de las normas de carácter alimentario¹⁷¹.

A nuestro juicio creemos que la modificación de la situación económica no sería un daño indemnizable de acorde a la responsabilidad civil, sino que entendemos que resulta como una consecuencia lógica de la disolución del matrimonio, y que si bien inevitablemente lleva a la producción de daños su reparación debe realizarse en otro contexto legal como es el de la cuota alimentaria. Es el propio ordenamiento jurídico el que establece en el ámbito del derecho de familia una norma legal, que nos plantea la solución de esta dicotomía a nuestro entender, ya que prevé la posibilidad de reparar estos daños en forma especial permitiéndole al cónyuge que se vio lesionado en su patrimonio y es inocente, que accione contra quien fue culpable de la ruptura obteniendo así la fijación de una cuota alimentaria, entendiendo a esta en sentido amplio como todo aquello necesario para sopesar el nivel socioeconómico en el que se desarrollaba con anterioridad.

2. Daños extrapatrimoniales-

Esta es otra clase de daños que pueden producirse sobre la persona del cónyuge en ocasión de la realización de algunas de las causales que dan origen a la disolución del vínculo marital. Es pertinente volver a recordar algo que con anterioridad

¹⁷⁰ **Art. 207 del Código Civil:** “*El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos.*”

Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta:

1° La edad y estado de salud de los cónyuges;

2° La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos;

3° La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado;

4° La eventual pérdida de un derecho de pensión;

5° El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal.

En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario.”

¹⁷¹ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 90.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

habíamos esbozado en cuanto a la procedencia de la indemnización de esta clase de daños, diremos que primer lugar se deberá probar la producción de los actos ilícitos que dieron lugar al pedido del divorcio, y que con posterioridad se deberá comprobar que los daños surgidos sean resultado de este accionar, estableciéndose así todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.¹⁷²

Cabe hacer otras consideraciones que se desprenden de la lectura del libro “Daños en el Derecho de Familia” de la Dra. GRACIELA MEDINA, la cual realiza en su texto algunos comentarios sobre cierta jurisprudencia que nos parece oportuno comentar en esta ocasión. Debe de diferenciarse el daño moral con la falta de amor, debido a que todas las consecuencias dañosas que deriven de actos productos del desamor que traigan como consecuencia la pérdida del vínculo afectivo entre los cónyuges, no podrán ser tomados como daños extrapatrimoniales que puedan originar un resarcimiento de los daños suscitados; sino que para la procedencia del resarcimiento inexorablemente deberán de ser estos actos agravios con identidad que puedan ser reprochados al cónyuge, como puede ser afección del derecho al bienestar, a obtener respeto de familiares, derecho al honor, y no una la simple pérdida del amor o vínculo sentimental entre ambos esposos¹⁷³.

A continuación se analizarán algunos supuestos especiales, para establecer en cada caso si se pueden o no determinar daño extrapatrimonial o moral, y su reparación.

2.1 Perdida de “chance matrimonial”-

En cuanto a este daño en particular debemos realizar primeramente una distinción acerca de lo que sucedía con los mismos antes de la sanción de la ley 23.515, conocida esta como la ley de matrimonio que permitió devolver la habilidad nupcial a los consortes que se divorciaban, y que sucede ahora después de su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a la posibilidad de resarcir esta clase de menoscabos.

Tratando de conceptualizar sobre que hablamos cuando hacemos referencia al daño que deriva de la pérdida de chance matrimonial en general, diremos que con el mismo se apunta a la imposibilidad de contraer nuevas nupcias o mantenerse en la compañía regular con otra persona una vez que se hubiera ocasionado la disolución del ligamen anterior.

¹⁷² Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 91.

¹⁷³ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 91-92.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Antes de la sanción de la ley 23.515 no se permitía la disolución del matrimonio, ni tampoco se recobraba la habilidad nupcial ante la separación personal de los cónyuges, por lo tanto existía un impedimento legal que imposibilitaba la celebración de un nuevo vínculo matrimonial, por tal motivo se generaban daños en la persona del cónyuge que no había dado origen a la separación de hecho, pero esto quedaba sin efecto debido a que en nuestro derecho no existía ninguna norma que contemplara esta situación de hecho y le atribuyera consecuencias jurídicas. El daño en si consistía en la privación de contraer nuevas nupcias, o lo que es lo mismo decir la pérdida de chance en contraer nuevo vínculo matrimonial, cuestión por la cual se permitía accionar contra el cónyuge culpable por los mismos para lograr la indemnización de los menoscabos producidos.¹⁷⁴

Ahora bien la cuestión cambia con posterioridad a la sanción de la ley 23.515, por medio de la cual si se permite no solo la disolución del matrimonio sino que también les devuelve a los cónyuges la habilidad para contraer nuevas nupcias, debido a este cambio diremos que ya no se podrá predicar nunca mas que como consecuencia del divorcio surgirá el daño que anteriormente expusimos, ya que no existiría pérdida de chance para contraer nuevas nupcias debido a que no existe ninguna clase de impedimento legal que lo prohíba. Pero también debemos decir que nada obsta a que este tipo de daños pueda surgir de las circunstancias que rodean al divorcio y la nueva habilidad nupcial, con esto hacemos referencia a cuestiones personales que en cada caso en particular se pueden suscitar, como pueden ser la edad de los cónyuges, la salud física o psíquica, que conforme a la persona del consorte le incidan o lo afecten disminuyendo por tal motivo su posibilidad de contraer nuevo matrimonio, en estos casos muy particulares podemos decir que si existiría la posibilidad de resarcir los mismos siempre y cuando se comprueben todos los presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad civil¹⁷⁵.

2.2 Daño moral por verse privada la mujer del uso del apellido del esposo-

Esta clase de daños hace referencia a que si la mujer durante su vida marital ha sido conocida, ya sea por su arte, profesión, negocio o simplemente por su vida social, bajo el apellido de su marido, ante la privación del uso del mismo por disposición de la ley como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial,

¹⁷⁴ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 92.

¹⁷⁵ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 92.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

traería aparejado para ella un daño moral ante la sociedad misma o porque no también un perjuicio a nivel económico.

Es así como en primer lugar debemos citar el Art. 9 de la ley 18.248 que nos establece lo siguiente “*Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido.*

...Si la mujer hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario, o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.”. De la letra de este artículo se desprende que en caso de acuerdo o cuando sea solicitado ante un juez la mujer podrá conservar y seguir utilizando el apellido del marido, pero solo en determinados casos establecidos en forma taxativa por la ley, en los casos que por el ejercicio de la industria, comercio o profesión sea conocida por ese apellido.

Nos plantearemos ahora que sucede con el reconocimiento de la mujer ante la sociedad y el apellido del esposo, situación esta que no encuadra en ninguno de los casos en que la ley permite o bien accionar para seguirlo utilizando, o simplemente acordar su utilización con su anterior marido. Para algunos autores la propia ley debería de haber contemplado este supuesto sobre todo en el caso en que existan hijos menores de edad teniendo en cuenta los intereses familiares, las relaciones familiares preexistentes que se subsisten después del divorcio, la antigüedad del vínculo, y otras consideraciones que hacen a la vida social que pueden traer inevitablemente consecuencia dañosas en la faz moral de la mujer, como así también la estigmatización que produce la separación de un vínculo.

Concluyendo diremos que, aquella mujer que no trabaje se ve privada por ley de seguir utilizando el apellido de su anterior cónyuge, apellido por el cual era conocida en la sociedad además de ser el que lleven sus hijos, cuestión esta que desde nuestro punto de vista podría tranquilamente configurar daños morales sobre la persona de la cónyuge, los cuales deberán que deberán ser merituados, observados y probados ante el juez en caso de pretender el resarcimiento de los mismos.¹⁷⁶

2.3 Daño moral como consecuencia del sufrimiento de los hijos-

En primer lugar diremos como se expresa en el marco del plenario que venimos analizando a lo largo del texto de la Cámara Nacional Civil año 1994, que “*... la crisis generada por la separación conyugal no solo afecta a los esposos, sino también a sus hijos menores, quienes, precisamente por su condición, transcurren inermes por dicha*

¹⁷⁶ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 92 -93.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

*experiencia, padeciendo severas consecuencias que, muchas veces, dejan graves secuelas...*¹⁷⁷

Debemos diferenciar los distintos daños que pueden subsitarse después de un divorcio con respecto a los hijos del matrimonio, por un lado nos encontramos con el sufrimiento personal de los hijos producto de la separación de sus padres, y por otro lado nos encontramos con lo que hace al sufrimiento de la madre al ver a sus hijos abandonados, desamparados sin una figura paterna en quien ampararse, o sin la constitución de la familia como era anteriormente.

Acorde a nuestra línea de investigación nos interesa analizar aquellos daños que pueda llegar a su sufrir la mujer o el cónyuge que resulte inocente después de la disolución cuando existen hijos que son de ambos el sufrimiento de la separación traerá como consecuencia una ampliación del menoscabo moral. Cuando el cónyuge quiera alegar tal circunstancia como presupuesto de los daños que se le están ocasionando deberá probar el agravio que le trae aparejado ver a sus hijos desamparados sin una familia constituida, por lo tanto concluimos que nada obsta a que proceda el resarcimiento de estos daños cuando estén dadas las circunstancias necesarias para que los mismos se vean encuadrados dentro de las reglas del resarcimiento civil¹⁷⁸.

2.4 Resarcimiento por el daño moral solicitado por el cónyuge inocente que forma nueva pareja-

Se discute la procedencia del resarcimiento de los daños morales ocasionados por el adulterio establecido este como causal del divorcio sobre el cónyuge inocente, una vez que el mismo ha contraído nuevas nupcias o vive en concubinato con otra persona.

Cierto sector de la doctrina se encuentran a favor de la procedencia del resarcimiento, mas haya de que el cónyuge inocente haya decidido reestablecer un nuevo vínculo matrimonial con otra persona desde el momento mismo en que para nuestra legislación no es equiparable esta nueva unión a la que anteriormente se rompió, ni tampoco es violatoria del deber de fidelidad que se vio conculcado con anterioridad por el otro esposo (culpable) por medio del adulterio, subsistiendo los daños ocasionados con anterioridad.

¹⁷⁷ <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>

¹⁷⁸ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 93.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Otros en cambio plantean que no sería viable el resarcimiento de esta clase de daños, ya que uno de los presupuestos de la responsabilidad es la existencia de un daño el cual debe subsistir al momento de la sentencia que establezca la indemnización de estos, presupuesto este que no se configuraría en esta situación planteada ya que el daño no duraría debido a que se ha contraído nuevo vínculo matrimonial o sentimental y ya se ha producido la disolución del vínculo anterior.

Nosotros nos encontramos a favor de la procedencia del resarcimiento de estos daños, ya que el daño se ha producido y no corresponde tratar de compensar un daño con otra circunstancia que posteriormente surge, queriendo compensar o equiparar el daño que se ha sufrido por la consumación del adulterio con la nueva relación que entablo el cónyuge inocente con otra persona. Sería lo mismo que tratar de sopesar el daño de la pérdida de un hijo con el nacimiento de uno nuevo, o que el daño que se ocasiona por un robo deja de ser tal cuando se compra algo similar. Por lo tanto si se configuran los presupuestos dados para la reparación la misma será acogida.¹⁷⁹

2.5 El “mobbing” matrimonial-

Tratando de definir lo que se debe entender por “mobbing matrimonial” citaremos a la Dra. GRACIELA MEDINA que en su libro titulado “Daños en el Derecho de Familia”, nos dice citando un Fallo de la Corte o Tribunal de Turín de Italia, que se debe entender por este termino diciendo que es: *“...la repetición de comportamientos hostiles, técnicas de desestabilización, que desarrolla como reacción graves problemas psicológicos duraderos, es decir que se trata de un proceso destructivo sutil que puede llevar a la discapacidad permanente, y estimamos que como el comportamiento del marido reunía estos caracteres, la expresión resulta adecuada”*¹⁸⁰.

Conceptualmente siguiendo a la Dra. GRACIELA MEDINA, podemos decir que este daño se realiza: *“...cuando uno de los cónyuges realiza una serie de comportamientos basados sobre la violencia moral y la persecución psicológica que tienden a desacreditar, discriminar o dañar a su consorte, no cabe duda que existe “mobbing”*”¹⁸¹.

De todo lo expuesto decimos que los daños sufridos por un esposo durante el matrimonio se darían en llamar mobbing, debido a que estos provienen de distintas expresiones algunas de las cuales pueden ser, hostilidades, injurias y agravios

¹⁷⁹ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 96.

¹⁸⁰ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 97.

¹⁸¹ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 97.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

vertidos en público o privado contra la persona del otro cónyuge, ya sea que los mismos atenten contra su integridad psicológica, física o profesional de la persona. El fundamento de la reparación de estos daños, radica en la violación del principio de igualdad moral y jurídica que debe existir entre ambos cónyuges, como así también los deberes matrimoniales como son el deber de respeto y solidaridad.

Por todas las consideraciones vertidas, se establece que esta caracterización en sí, hace referencia a la conjunción de daños morales que pueden surgir de la violencia física y psíquica de la relación matrimonial, y de su disolución. Sería una forma de unificar todos estos daños bajo una denominación en particular, dando la posibilidad de accionar para el resarcimiento de los mismos por medio de las reglas de la responsabilidad civil ya que todo lo que se pueda probar de esta forma traerá aparejado un resarcimiento¹⁸².

¹⁸² Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 96- 97.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO VI
DERECHO COMPARADO

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Trataremos de observar y analizar como en los distintos países del mundo el derecho y la jurisprudencia de cada uno de ellos aborda el tema que nos compete en el presente trabajo. A modo de adelanto diremos que dentro de todo el espectro del derecho comparado nos encontráramos que los países se encuentran en distintos estadios en cuanto a la recepción de esta clase de daños, así algunos de ellos le han dado mucho tratamiento dentro de su doctrina como así también acogida a nivel jurisprudencial, mientras que en otros países su tratamiento es mas moderado, y cada decir también que en algunos casos su admisibilidad y tratamiento es escaso.

1. Derecho Romano

Este derecho fue el primero de la historia del derecho comparado en donde encontramos antecedentes en el tratamiento de este tema en este ya se hablaba de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio, no debemos olvidarnos que este derecho es para muchos países incluido el nuestro la fuente principal de donde derivan muchas de nuestras figuras jurídicas.

Remontándonos en la historia en la sociedad de la Roma imperial se subsitaron dos fenómenos de envergadura, por un lado un aumento pronunciado de la corrupción, y por otro que es el que nos interesa a nosotros, un aumento considerable en la disolución de los vínculos matrimoniales. Tras la producción de este último de los fenómenos dentro del ámbito del derecho se debió pensar en dar una respuesta para mermar este aumento que se venia asentando día tras días con respecto a la disolución matrimonial, es así como surgen distintas clase de penas de carácter pecuniarias y resarcitoria que son impuestas sobre el cónyuge culpable que dio lugar al divorcio a favor del cónyuge inocente que era quien recibía dicha suma de dinero

Esta tendencia a indemnizar esta clase de daños fue seguida también en la época de Justiniano donde se seguían aplicando sanciones pecuniarias de gran monto al cónyuge que causaba el divorcio, la onerosidad de estas sanciones hacia que aquel cónyuge que tenia en miras realizar alguna clase de conducta que traiga como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, se vea disuadido de realizarlas debido a la indemnización que con posterioridad debía de afrontar, salvo el caso en que la disolución se diera por alguna causa justificada las cuales se encontraban taxativamente en la ley. Además de esta sanción pecuniaria dentro del ámbito del derecho privado se comenzó aplicar también una sanción de orden penal, la cual

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

consistía en privar de la libertad al cónyuge culpable imponiéndole la reclusión forzada en un convento.¹⁸³

Es así como nos parece oportuno citar algunos ejemplos que nos reflejan en que consistían estas sanciones civiles “... *el marido que repudiaba sin causa debía entregar a su mujer una parte de su patrimonio equivalente a la tercera parte de las donaciones prenupciales, además el marido perdía la donación postnupcial, si existían hijos del matrimonio. Si no había dote, la mujer ofendida recibía la cuarta parte del patrimonio del marido, ya sea en usufructo o en propiedad. Si era la mujer la que repudiaba, perdía la dote; el marido la adquiría en plena propiedad o en usufructo, según hubiera o no hijos. Y como debía quedar recluida en un convento, el resto de su patrimonio se distribuía de la siguiente manera: un tercio para el convento y dos tercios para los descendientes y ascendientes. Estas normas se encuentran en los siguientes textos del Corpus Juris Civilis: Código, libro 5, título 17, constituciones 8 y 11; Novela 117, capítulos 9 y 13, y Novela 134, capítulo 11.*”¹⁸⁴.

2. Derecho Italiano-

Si nos adentramos en el Derecho Italiano y analizamos su jurisprudencia podemos sacar algunas clases de consideraciones con respecto al tema que nos compete, debemos decir en primer lugar que el tratamiento del resarcimiento de los daños derivados del divorcio ha tenido una gran evolución acorde a la cantidad de casos que se fueron planteado ante los tribunales de este país, en cuanto al tratamiento doctrinario del mismo, diremos que ha sido acogido por la misma estableciendo así desde los requisitos de precedencia que debe de contener la demanda para reclamar esta clase de resarcimiento hasta los supuestos en que no procedería tal reparación.¹⁸⁵

Si nos centramos en lo que hace al daño material que puede llegar a producir la disolución del vínculo matrimonial mirando la jurisprudencia, podemos decir que es basta y rica en cuando los casos que ha resuelto como así también la admisibilidad de la extensión de estos daños, por lo que no solo contempla la posibilidad de accionar por el daño emergente que se ha generado debido a esta situación sino que también contempla la posibilidad de demandar por lucro cesante en algunos supuestos

¹⁸³ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¹⁸⁴ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¹⁸⁵ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 118.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

derivados de los daños que se produjeron. A modo de ejemplo citaremos distintos casos que nos plantea la Dra. GRACIELA MEDINA en su texto, la cual nos dice que dentro del Derecho Italiano podemos encontrar “...*precedentes de “daño emergente” que van desde supuestos de estafas por la adulteración de la firma de la mujer hasta el de un incendio doloso, pasando por los de ventas ocultas de destrucciones de cuadros, asesinato de animales, venta de bienes personales de uno de los cónyuges y disposiciones indebidas de bienes de la comunidad conyugal. En cuanto al “lucro cesante” se han admitido las indemnizaciones por tal rubro en los supuestos en que uno de los cónyuges ha puesto al otro en una situación psicológica tal que le impide concurrir a reuniones, concentrarse, en definitiva, que le altera su capacidad laboral y de generar ganancias, por un tiempo mas o menos amplio*”¹⁸⁶.

Si nos deslizamos al ámbito de los daños morales o extrapatrimoniales que pueden surgir de la disolución del matrimonio, debemos decir que en la jurisprudencia italiana esta clase de daños y su resarcimiento ha tenido una acogida, ya que se ha contemplado en distintos fallos una serie amplia de causas o conductas del mundo exterior que son realizadas por alguno de los cónyuges las que derivan en consecuencias dañosas. Como fundamento de lo anteriormente dicho es que citamos a la Dra. GRACIELA MEDINA en su texto cuando nos dice “...*se ha reconocido el derecho a la indemnización, como por ejemplo en los casos de afectación, angustia, maltrato, injuria, difamación contra el otro esposo, como así también en el supuesto de un atentado de homicidio, y de daños graves provocados al hijo de ambos y sufridos de reflejo por la madre*”¹⁸⁷.

El modelo adoptado por el Derecho Italiano en cuanto a todas aquellas consecuencias dañosas que se pueden generar por la conducta humana sobre una persona, se encuentran contenidas en forma genérica bajo el título de daños en general realizados sobre la persona; dentro del mismo podemos agrupar a todas aquellas conductas dentro de tres clases o tipos de daños distintos entre sí, daños biológicos, daños morales o daños existenciales.¹⁸⁸

Todas aquellas conductas disvaliosas realizadas por los cónyuges quedarían contempladas dentro de la categoría de los llamados daños morales por este derecho,

¹⁸⁶ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 118-119.

¹⁸⁷ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 119.

¹⁸⁸ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

los mismos son considerados como todas “...*perturbaciones psíquicas emocionales no patológicas, dolor, sufrimiento...*”¹⁸⁹.

A su vez algunas de estas conductas podrían encuadrar dentro de los llamados daños biológicos, los mismos son entendidos como “...*la injusta lesión a la integridad física de la persona que incide sobre el valor del hombre en toda su dimensión concreta; importa una disminución o aminoración de la integridad sicofísica de la persona causalmente atribuible al hecho de un tercero.*”¹⁹⁰. En base a esta concepción es que se ha dado lugar al resarcimiento de estos daños causados por las distintas lesiones físicas que se le pueden producir a la persona del cónyuge, o también aquellos surgidos del contagio de enfermedades infecciosas de contagio voluntario.¹⁹¹

Por último nos encontramos dentro de la otra clase de daños que contempla la jurisprudencia italiana en gran cantidad de sus fallos, son los llamados daños existenciales los cuales se encuentran definidos como “...*todos los daños a la persona que, no siendo estrictamente daños “morales”, originen consecuencias no patrimoniales.*”¹⁹². Podemos mencionar a modo de ejemplo un fallo en donde procedió el resarcimiento de esta clase de daños, el cual se encuentra citado por la Dra. GRACIELA MEDINA en su libro titulado “Daños en el Derecho de Familia”, “*Este caso fue decidido por el Tribunal de Lecce y se encuentra publicado en revista derecho de familia y Persona 1995-1047. La mujer en edad madura había desistido de continuar con los tratamientos para la infertilidad que habían dado nulos resultados; el marido, que quería tener un hijo a cualquier costo, no aceptaba la infertilidad de su cónyuge y ante la negativa de ésta a continuar el tratamiento inútil abandono e hogar y la demandó por divorcio fundado en la culpa. El tribunal entendió que el divorcio había sido provocado por la actitud culpable del esposo y condenó al marido a pagar los daños producidos a su esposa por el abandono voluntario y malicioso, y la negativa injustificada a prestarle alimentos, y por degradar a la mujer a mera realizadora de hijos*”¹⁹³.

3. Derecho Español-

La legislación española en lo que hace a los daños y su procedencia data de larga historia, ya desde las "Partidas" se puede apreciar como a la mujer culpable de

¹⁸⁹ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¹⁹⁰ <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art021025-pe.htm>

¹⁹¹ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 119.

¹⁹² http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¹⁹³ MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 120.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

adulterio se la sancionaba no solo con sometimientos corporales, sino también con la pérdida de la dote y las arras (sanción de carácter pecuniario), todo esto en concepto de indemnización por los daños que se habían producido en torno al matrimonio y su disolución.¹⁹⁴

Del análisis de la jurisprudencia de este derecho se desprende que existe una gran reticencia por parte de los jueces en la admisión de aquellas demandas entabladas por el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales que surgen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, razón por la cual a los cónyuges víctimas de estas consecuencias dañosas se les hace engorroso hasta diríamos imposible lograr que los tribunales de este país hagan lugar a la reparación de los mismos, salvo cuando estos son generados como consecuencia de delitos penales sancionados con anterioridad¹⁹⁵.

4. Derecho Norteamericano-

En cuanto a la jurisprudencia norteamericana y su evolución sobre la admisibilidad del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales derivados del divorcio tenemos que decir que a lo largo de la historia ha modificado su postura.

En un primer momento bajo los paradigmas del Derecho tradicional que reinaba en los comienzos del siglo XX en los Estados Unidos, no se permitía que entre miembros de una misma familia se pudieran iniciar ningún tipo de acciones civiles, su fundamento radicaba en que este accionar podría traer como consecuencia la discordia en el seno de la familia, siendo esta la célula principal de la sociedad en la que se vivía por lo que se debería preservarla.

Con posterioridad aproximadamente ha mediados de los años cincuenta en forma progresiva se fue dando un cambio en este paradigma, paralelamente se fue surgiendo una nueva idea la cual considero que cuando un miembro de la familia daña a otro esto traería como consecuencias inevitable resquemores entre ellos, y que estos no se agravarían porque se accione legalmente por los problemas causados entre los mismos.

Es a partir de esta concepción que se comienza con la admisión progresiva en los tribunales de este estado de las acciones que un esposo le entabla al otro debido a los daños y perjuicios que se le causaron, los cuales se han producido ya sea durante el mismo matrimonio o durante la disolución del vínculo o con posterioridad al mismo.

¹⁹⁴ Ver, <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/es-posible-la-reparacion-civil-por-daos.html>

¹⁹⁵ Ver MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 116-117.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Si bien esta clase de demandas son admitidas podemos observar rastros en ciertos tribunales en donde se limita este derecho procediendo solamente aquellas causas en donde el daño ha sido causado de forma deliberada por el autor de los mismos.¹⁹⁶

Existen algunos fundamentos de esta doctrina norteamericana de porque sería limitado el número de pretensiones esgrimidas ante los tribunales que tiene que ver con el resarcimientos de los daños ocasionados entre miembros de una misma familia como es el caso de los esposos. Sobre esto la doctrina se circunscribió en el análisis los casos específicos donde los daños surgían, o bien de la violencia, ya sea la misma física como psíquica, como así también al llamado daño en las relaciones domesticas.

Un fundamento sería que ante la complejidad de las relaciones, etapas y situaciones que se generan ya sea entorno al proceso de daños y perjuicios como así también en el divorcio, hace que los afectados desistan de accionar con el fin de no revivir todas esas situaciones traumáticas que con anterioridad le toco vivir. En forma concomitante diremos que del análisis de la realidad se desprende que cuando un matrimonio se disuelve surgen algunas cuestiones o problemas que son de inmediata preocupación para los cónyuges, estos tiene que ver con los alimentos, el régimen de visita para los hijos, el hogar conyugal, entre otros; esto hace que las prioridades a la hora de accionar estén puedan en esta clase de pretensiones y no en otras, como sería el caso del resarcimiento por los daños y perjuicios extrapatrimoniales que se generan como consecuencia del divorcio, esto tal vez producto de que la persona del cónyuge en estos momentos prefiera cercenar sus derechos en pos de otros derechos que a su juicio son mas oportunos o importantes para continuar con su vida.

Cabe también aclarara que existe una falta casi total de información por parte de las personas, en este caso en particular de los cónyuges, sobre los derechos que ellos poseen de accionar contra el otro esposo como consecuencia de los daños que se le produjeron a su persona por la disolución del ligamen. Nos atrevemos a decir que muchas de las veces, este debe de ser la razón por la cual no se accione como se debería de hacer ante estas situaciones, mas haya de todos los otros fundamentos anteriormente plasmados.¹⁹⁷

Si nos remontamos a la actualidad, ya se ha dejado de lado la preocupación sobre si se le esta permitido a la mujer golpeada accionar contra su marido por los daños y perjuicios derivados de su conducta, cuestión que ya se encuentra zanjada admitiendo su procedencia de esta pretensión ante los tribunales, ya no solo en este

¹⁹⁶ Ver MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 125.

¹⁹⁷ Ver MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 129 - 131.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

caso en particular sino también en muchos otros casos siempre que se den las condiciones para que surja la responsabilidad. En estos momentos la preocupación se encuentra puesta en dilucidar otras dos cuestiones importantes en torno a este tema en cuestión, primeramente se debe de tratar sobre la admisión de las demandas de daños y perjuicios por daños psicológico u emocional cuando haya ausencia de daño físico, ya que del otro modo siempre proceden; en segundo lugar se debe establecer sobre las cuestiones que hacen a la tramitación de la demanda de daños y perjuicios, indistintamente de que los daños surjan con anterioridad durante o después de la disolución del vínculo matrimonial.¹⁹⁸

5. Derecho Frances-

Si nos remontamos al derecho franceses situándonos antes de la revolución cuando todavía existía el Parlamento en dicho estado, podemos encontrar dentro de este contexto la existencia de una suerte de reparación de los daños los cuales tenían como origen aquellas conductas realizadas por la mujer en contra de su marido, cuando las mismas infringieran el honor de este, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, el pago de dicha reparación caía en la cabeza del cómplice de la mujer adúltera y no en la propia persona de la mujer quien cometió los daños.

Con posterioridad a la revolución si analizamos la jurisprudencia, se puede decir que los tribunales franceses han admitido primeramente en sus fallos la reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, con posterioridad también admitió la misma el resarcimiento como consecuencia de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice también. Fue necesario admitir también esta situación y contemplarla dentro del derecho positivo de este país, es así como ya desde los primeros tiempos de vigencia del Código Frances de 1804 se encuentran regulados esta clase de daño dentro del mismo. La base o fundamento de esta responsabilidad deriva de la responsabilidad del delito de derecho criminal cometido basados en el principio legal que dice: "*Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquel, por la culpa en que a incurrido, a repararlo*", lo cual abre a toda parte lesionada la acción de reparación por daño causado.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Véase MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 144.

¹⁹⁹ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Del análisis de la jurisprudencia francesa se desprende “...*el principio de que “se deben reparar los daños derivados de cualquier hecho constitutivo de una causal de divorcio”*”²⁰⁰. Concluyendo así que en la actualidad los tribunales de este país se encuentran abiertos a recibir esta clase de demandas, y analizar cuan procedentes son sin ningún tipo de obstáculos por parte de ellos.

6. Derecho Suizo:

El Derecho Suizo en uno de esos derechos que dentro de sus normas contiene en forma expresa la tipificación de las indemnizaciones de los daños que provienen como consecuencia del divorcio, esta norma se encuentra dentro del Código Civil de dicho país el cual data de año 1907, concluyendo por lo tanto que nos encontramos ante un derecho que desde ya hace muchos años contempla esta temática de forma expresa y porque no decir de una forma avanzada ya que la incorpora a su derecho positivo.

Nos parece oportuno citar dos artículos del Código Civil Suizo que hablan sobre esta clase de resarcimiento, el primero de ellos es el artículo 151 que nos dice “*El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable.*

Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral’. Mientras que en el artículo 153 nos establece lo siguiente “ *El esposo al cual se ha concedido una renta vitalicia por sentencia o convención, a título de daños y perjuicios, de reparación moral o de alimentos, deja de tener derecho a ella si contrae nuevo matrimonio*”.²⁰¹

De la lectura de estos dos artículos podemos concluir que en los mismos se encuentran contenidos las dos clases de daños que pueden derivar de la disolución del matrimonio, estos son los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales o morales, motivo por el cual no va a haber ninguna clase de duda ni por parte de la doctrina, ni de la jurisprudencia de este país a la hora de que un cónyuge se presente ante sus tribunales pretendiendo el resarcimiento de los daños que anteriormente mencionamos, debido a que han resuelto esta cuestión de la forma más apropiada que

²⁰⁰ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

²⁰¹ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

deja a salvo cualquier interpretación contraria como es acoger esta reparación o resarcimiento dentro del ordenamiento jurídico en forma expresa, si nos acordamos este era uno de los argumentos que se establecían en la doctrina negativa para que proceda la indemnización el establecimiento de una norma expresa, la cual no tenemos en nuestro código, y era por eso que se propiciaba el desconocimiento de la procedencia de la indemnización en nuestro derecho por parte de esta doctrina.

7. Derecho Alemán:

Este derecho es uno de aquellos que no contempla en forma expresa la admisión de la indemnización derivada de los daños como consecuencia del divorcio, por lo que se establece que el Código Civil o "Bürgerlichesgesetzbuch" no habla en ningún momento de esta clase de resarcimiento derivado de los daños ocasionados con motivo del divorcio. De la exposición de los motivos de su derecho se desprende en forma expresa el rechazo de la misma cuando establecen que "*...El matrimonio no puede basarse sino en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias.*"²⁰². Además también se señala que en el afán de conseguir la reparación pecuniaria el cónyuge puede llegar a alegar y tratar de probar hasta las mínimas situaciones que uno ni se puede llegar a imaginar, pudiendo llegarse a atentar no solo con contra la integridad personal del otro cónyuge sino también de terceros ajenos a la familia o también miembros de esta. También sostiene que ser de carácter moral el daño que se cause a la persona del cónyuge será siempre arbitraria la determinación del monto del resarcimiento, ya que es muy complicado cuantificar esta clase de daños. Y como último argumento plantean que no sería lógico que por medio de la coerción o la fuerza los cónyuges pretendan el cumplimiento de las obligaciones que emergen del matrimonio.²⁰³

Del análisis de la doctrina y jurisprudencia de este estado, se desprende una consideración distinta a las que vertidas con anterioridad sobre el tema, esto deriva de la admisibilidad progresiva dentro de la jurisprudencia en lo que hace a las distintas clases de acciones o demandas que son entabladas por el cónyuge inocente o víctima del divorcio, ante el actuar del cónyuge culpable, cuando esta conducta se vea encuadrada dentro de los principios generales de los hechos ilícitos y sea causal de

²⁰² http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

²⁰³ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

divorcio, con el objetivo de que se le resarzan todos los daños y perjuicios que se le han ocasionado, con total independencia de las otras indemnizaciones que por derecho son admisibles en el marco de esta situación de hecho, como son el reclamo de la pensión alimentaria y la acción de daños y perjuicios contra un tercero que haya sido cómplice del cónyuge culpable en la realización de estas conductas antijurídicas, por más que el derecho en si las rechacé.²⁰⁴

²⁰⁴ http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO VIII
UNA POSIBLE SOLUCIÓN
AL PROBLEMA QUE NOS COMPETE

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Nos pareció poco apropiado concluir con el presente trabajo sin antes no plantear según nuestro criterio, que se ha ido formando a medida que se fue interiorizando sobre este tema, una posible solución de este conflicto que nos propusimos resolver en el comienzo de esta obra. Consideramos que después de haber leídos varias posturas, variados autores y jurisprudencia sobre todo el plenario de la Cámara Nacional Civil, nos encontramos en condiciones de esbozar una posible solución para que se puedan dirimir de ahora en más todos aquellos casos en donde se plantee la dicotomía sobre si debe ser o no procedente la indemnización de los daños extrapatrimoniales que derivan de un divorcio.

Debemos recordar que ante el análisis minucioso que realizamos de todo nuestro ordenamiento jurídico en su completitud, nos encontramos ante la inexistencia de una norma expresa que nos plantee que solución podemos aplicar cuando se presenta la dicotomía que anteriormente expusimos, por tal motivo es que a lo largo de esta obra se ha llegado a la conclusión que se debe echar mano a los principios generales del derecho en este caso en particular a todo lo que hace a la responsabilidad civil establecida en nuestro Código Civil Argentino. En apoyo a esta afirmación es que citaremos un fragmento de un fallo del Tribunal de San Isidro, de la Provincia de Buenos Aires, en donde los magistrados propician la misma solución que nosotros planteamos sobre el conflicto que estudiamos, el extracto del fallo nos dice que resulta “... *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, ya que con ello no se vulnera la institución matrimonial, ni se alteran los principios de orden público que hacen a la familia y se impide que quede impune quien a sabiendas cometió un daño. (CCC San Isidro, Sala I, 1989/05/013, R. de H, S. c/ H., J. C. s/ Divorcio Vincular, RSD- 215-98)*”²⁰⁵

Cuando una pareja se decide concluir con el matrimonio que se ha celebrado con anterioridad, posee dos alternativas posibles o bien separarse de hecho simplemente o emprender el viaje hacia el divorcio en vía judicial con todo lo que ello implica. Todos somos conscientes de que cuando una pareja decide disolverse, es porque existe un trasfondo de conflicto que la mayoría de las veces es muy traumático para ambos consortes, como así también para los lazos familiares que se ha constituido entorno a estos conyugues, ya sea que hablemos de hijos, padres, parientes, terceros involucrados y demás personas que hayan entablado a lo largo de

²⁰⁵ Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

los años que se mantuvo la pareja un vínculo afectivo, dejando de lado todo lo que hace a lo patrimonial cuestión que se encuentra perfectamente regulada en nuestro Código Civil y que no es de nuestra incumbencia.

En este contexto es que surgen muchos interrogatorios que se deben dilucidar entre los conyugues, a modo de ejemplo podemos decir quién será el que se quede con el hogar conyugal, quien se quedara con la tenencia de los chicos, el régimen de visitas de los mismos, la cuota alimentaria, la estigmatización de cada uno de ellos frente a la sociedad por la disolución del vínculo marital, el cambio en las relaciones sociales y las amistades que frecuentaban ambos en forma conjunta, porque no hablar también de una posible depresión ocasionada por esta decisión, y un montón de cuestiones más que son imposibles de enumerar debido a que cada pareja que se separa es un mundo distinto a las demás.

Lo que no podemos dejar de mencionar es que al ser esta una situación traumática a nivel psicológico y emocional, puede traer aparejado varios daños sobre una de los cónyuges, como son la frustración en el proyecto de vida que habían planificado en forma conjunta, la pérdida de chance en cuanto a formar una nueva pareja dependiendo de la edad que tengan estas personas, porque no hablar de la afección que se padece por uno de los cónyuges cuando el otro no asume las cargas que le pesan sobre el con respecto a sus hijos, que se ve plasmada en el no paso de la cuota alimentaria, no respetando el régimen de visita o lo que es peor ni siquiera interesarle sobre la vida de sus hijos, y ni hablar si en este contexto se dan situaciones de violencia generadas por alguno de los consortes hacia el otro, ya sea la misma psíquica o física, también puede haber existido infidelidad, injurias verbales y un montón de situaciones más que se pueden producirse entorno a un divorcio.

Todos somos conscientes de que lo dicho en la realidad se plantea y que ninguno de nosotros estamos exentos de que nos ocurra, muchas veces la realidad supera la ficción motivo por el cual uno nunca puede prever que sucederá en su vida y mucho menos ante una situación como esta que es muy particular entre las personas que constituyen el matrimonio.

Porque no pensar que ante todas estas vicisitudes que pasa el consorte se le estaría configurando un daño sobre su persona, el cual sale de la órbita patrimonial para inmiscuirse en la faz del daño extrapatrimonial, entendido este en forma genérica como toda afección que gravite en el espíritu y la psiquis de las personas alterando su desarrollo emocional y psicológico, con todas las consecuencias que de ello se deriva. Al hablar de daño tenemos que echar mano a las reglas de la responsabilidad y decir

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

que para que el mismo tenga una entidad tal que genere la posibilidad de resarcimiento, debe de reunir los cuatro presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad, el primero de ellos es la existencia de un daño, el cual debe de ser antijurídico, realizado por el autor ya sea con dolo o culpa y por último el efecto dañoso debe de mantener un nexo causal entre el daño causado y su resultado.

Al reconocer la procedencia de esta clase de daños como consecuencia del divorcio, nuestra preocupación se centrara entonces en qué clase de estos daños van a ser resarcibles, debido a que su admisibilidad traerá como consecuencia ineludible la proliferación de presentación de causas en los tribunales con el objeto de obtener de esta situación un rédito económico en el marco del daño extrapatrimonial, por tal motivo decimos que es necesario delimitar o realizar un catálogo de los daños o establecer cuáles son las características que estos daños deben de tener para que sean procedentes en el ámbito judicial.

Entonces nos centrándonos en esta oportunidad en tratar de dilucidar cuales serían las situaciones dañosas que merecerían amparo legal para su resarcimiento. Existen cierta clases de agravios verbales o situaciones de hechos que podríamos decir son propias de la convivencia habitual entre la pareja, son sabidas de ante mano por los contrayentes que pueden suceder, diríamos que son más bien como reglas de juegos pre establecida para las cónyuges, las cuales podrían ser sintetizada en peleas por situaciones que en el devenir de la vida se van dando debido a que la pareja se construye por dos personas distintas en sí mismas que tiene sus pensamientos y convicciones propios por lo que son lógicas que se den, también puede existir alguna clase de disgusto entendido este como un tipo de frustración que experimenta uno de los consortes sobre el otro tal vez por la expectativa que el mismo se había generado ante esa situación que se plantea la cual no es cumplida por la otra parte, así también se pueden esbozar distintas contrariedades dentro de la pareja que son propias de la vida cotidiana, afecciones espirituales de alguno de los consortes; a modo de síntesis podemos decir que son meras implicancias, culpas o momentos de crisis que se dan entorno a la relación matrimonial que se han creado entre las partes, y que deben de ser superadas dentro de este marco de intimidad generando dentro del mismo todas las posibles soluciones, sin tener estas circunstancias entidad suficiente para excitar a los órganos jurisdiccionales tras la búsqueda de un resarcimiento económico de los mismos.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Siguiendo con el razonamiento del párrafo anterior sobre esta clase de daños, es que citaremos a modo de ejemplo algunas situaciones de hechos que se han suscitado en la realidad, y sobre las cuales los magistrados se han pronunciado en contra de la procedencia de su indemnización no entendiendo que estos sean daños de consideración tal que justifiquen un resarcimiento. A continuación haremos una somera reseña de dos fallos en particular en donde se ve plasmada esta apreciación vertida en el párrafo anterior, uno de ellos el juez se pronuncia ante una situación que contempla distintas expresiones de desamor, en cambio en el otro de los fallos citados el magistrado desplaza su pronunciamiento al plano de aquellas injurias que son consideradas como leves. El primero de ellos nos dice que “... *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 solo a conductas del cónyuge que, además de representar la violación de deberes matrimoniales, implican auténticos agravios al otro cónyuge, sin limitarse solo expresiones de pérdida del vínculo afectivo. (CNCiv, Sala F, 19993/05/21, JA, 1994-I-321)*”²⁰⁶ En cuanto a la segunda situación de hecho el Tribunal se expidió de la siguiente manera “... *Para que exista daño moral que genere una reparación, no basta que exista disgusto, desagrado, contrariedad o afección, 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 n 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. (CMCvi, Sala E, 1995/09/15, Jurisprudencia de la CNCiv en Disco Laser 1999, Reg. Log. N° 13184)*”²⁰⁷

²⁰⁶ Vease www.gracielamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

²⁰⁷ Vease www.gracielamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Ahora bien que pasa cuando estas situaciones dejan de ser por menores comunes que se dan dentro de un matrimonio y comienzan de a poco a tomar otra clase de entidad, ya que sobrepasan la faz íntima de la persona para proyectarse ante la sociedad trayendo distintas consecuencias psíquicas o emocionales a la propia persona del cónyuge. Estaríamos ya hablando de otra clase de situaciones que si traerían aparejadas consecuencias dañosas con otro tipo de implicancia tanto en la faz jurisdiccional como individual de la persona, podríamos decir que se tratan de hechos que dentro del contexto del divorcio en donde se generaron tienen una entidad dañosa, punzante sobre el prestigio, esencia espiritual o física que merecen de la atención de los tribunales para dirimir sobre su producción y su posible indemnización. Esta reflexión puede ser sustentada por parte de la jurisprudencia de nuestro país, debido a que varios de nuestros Tribunales han admitido esta clase de distinción en torno a los daños que se pueden producir una vez consumado el divorcio entre dos personas, expidiéndose a favor de la procedencia del resarcimiento en la oportunidad que *“... Los hechos que llevan al divorcio, cuando tienen fuerza dañadora y punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, que se sobrepasen la mera relación matrimonial, pueden irrogar una lesión al bien moral que debe ser compensada pecuniariamente, por ser actos que van más allá de la culpa en el divorcio y las sensaciones propias de estas. (Del voto en disidencia del Dr. Cifuentes). (CNCiv, Sala C, 1988/05/17, L. de P.M S. c. P.J.C.D., LA LEY, 1988-D, 378, con nota de Jorge Bustamante Alsina DJ, 988-2-1106)”²⁰⁸*, también podemos citar a favor de la procedencia que *“... Solo 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. En efecto, en tales supuestos las sanciones impuestas por la normativa matrimonial se ven desbordadas y razones de justicia avalan su emplazamiento en otro campo del derecho que acuerde reparación al agravio espiritual inferido. (CCC, La Plata, Sala III, 1996/11/07, A. de U., M c U. A.D, Dj, 1997-3-995)”²⁰⁹*

A modo de ejemplos dentro de esta clase de daños resarcible podemos encuadrar a todas aquellas situaciones de violencia física que fue infringida por uno de los conyugues sobre el otro y que no solo pongan en peligro la vida del consorte sino también en algunas situaciones las de sus hijos, como así también aquella violencia

²⁰⁸ Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

²⁰⁹ Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

psicológica o injurias conferida por uno de los cónyuges sobre la persona del otro que trascienda la faz íntima y con una entidad tal que ponga en juego el prestigio y la reputación de dicha persona ante la sociedad, contemplando también el adulterio que fuera consumado y conocido por terceros ajenos a la pareja afectando no solo la reputación de la persona sino también violando uno de los deberes maritales que fueron asumidos por ambos consortes al momento de contraer matrimonio como es el deber de fidelidad que se deben mutuamente, e innumerables situaciones de hecho que pueden presentarse entre los consortes sin ser estas posibles de contemplar en un catálogo acotado de daños.

Remitiéndonos a nuestra jurisprudencia citaremos cuatro fallos en particular dentro de los cuales se contemplan distintas situaciones de hechos, que se han presentado ante dichos magistrados con el fin de que los mismos se expidieran con respecto a la procedencia del resarcimiento de estas situaciones que se habían configurado entorno al divorcio, por considerarlas a las mismas como consecuencias dañosas y punzantes que afectaban a la persona de uno de los cónyuges en su faz espiritual y emocional, teniendo como particularidad todos estos fallos que en todos el Tribunal se pronunció a favor de su procedencia. En el primero de ellos se contempla la violación de uno de los deberes maritales como es el deber de fidelidad, estableciéndose que está situación configura un acto ilícito que trae como consecuencia un daño el cual entra dentro de la órbita de la responsabilidad aquiliana, por lo tanto diremos 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 adulterio, 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. (CCC, Junín, 1994/12/20, revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, diciembre de 1996, año 6, Nº 12, p 1073)*”²¹⁰. Con el segundo de los fallos contemplamos aquella situación de hecho en donde el cónyuge inocente ve lesionado su esfera espiritual y moral mediante la producción de injurias graves y el abandono malicioso y voluntario del hogar conyugal por parte del otro cónyuge, motivo este que genera daños los cuales deben de ser resarcidos por exceder estos hechos las simples penas y conflictos que debe soportar un hombre en su vida cotidiana, citando el fallo decimos que “... *Es procedente el resarcimiento por daño moral a favor del cónyuge inocente en el juicio*

²¹⁰ Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

de divorcio -en caso, se lo decreto por injurias graves y abandono malicioso y voluntario del hogar conyugal-, si las circunstancias de la causa, por su gravedad, exceden de las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre. (CNCiv, Sala K, 2002/02/14, G., H. E c F., N. V, LA LEY 2002-B-159- DJ 2002-1-474)²¹¹ (poner la página). Por medio del tercero de los fallos traeremos a colación aquel hecho que se traduce en la proliferación de injurias que son vertidas ante amigos y familiares, trayendo como consecuencia la trascendencia de las mismas frente a la sociedad afectando no solo su imagen social sino también provocando una estigmatización difícil de abordar por parte del cónyuge que la sufre, con el agravante en este caso en particular del cambio de cerradura que se produce por parte del conyuge que prolifera las injurias ante la presentación de su esposa en el hogar conyugal con el fin de retirar sus pertenencias, habilitando todos estos hechos la procedencia del resarcimiento de estos daños que se le produjeron a la consorte, así lo estableció "... La Cámara Civil de San Isidro, Sala I, decidió que resulta indiscutible el incumplimiento por parte del marido del deber de asistencia moral, cuando frente a pocos meses de casados trate de manera injuriosa a su esposa frente a amigos conocidos y operarios que trabajan en el hogar. A su vez se consideró como hechos injuriosos la circunstancia de que él, al presentarse la cónyuge a retirar sus pertenencias del hogar conyugal, se haya constatado que el marido había cambiado la cerradura. Por otra parte, se entendió que no pide considerarse abandono voluntario el retiro del hogar conyugal por parte de la mujer, si las injurias del marido justificaban su alejamiento u aquel cambio las cerraduras de la vivienda y se condenó a la reparación de los daños presumidos a partir de los hechos antes descriptos. (CCC, San isidro, Sala I, 1997/03/11, E.D. 174-20, LL, Bs. As, año 4, N°7, agosto de 1997, fallo 1430, pág. 905). El último de los fallos que traeremos a colación hace alusión a una situación en particular que se dio entre dos cónyuges, en donde el esposo hace abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal con el agravante que el mismo se ausenta a su vez del país, derivando esto claramente en consecuencias dañosas sobre la persona de la esposa, debido a que ella debe hacer frente en forma individual a todos los acreedores de su marido, es por este motivo que el tribunal a la hora de contemplar esta situación y fallar resolvió de la siguiente, diciendo que " ... Sufre un daño moral la mujer que es abandonada por su marido y que tiene que hacer frente sola a los acreedores de su cónyuge, quedando configurado el daño por las angustias y sinsabores que le ha producido soportar las requerimientos de pago realizados en el domicilio conyugal, domicilio que cómoda y

²¹¹ Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

maliciosamente el demandado había abandonado, por lo que corresponde que el mismo sea indemnizado por el culpable. Los embargos y el desapoderamiento, sufrido a consecuencia de la declaración de quiebra del demandado, no solo produce consecuencias, económicas sino también provocan dolores espirituales de las que negligentemente el accionado se apartó, abandonando el hogar u huyendo del país, dejando a su mujer a cargo de hacer frente espiritualmente a estas angustias en soledad, en consecuencia el abandono antijurídico y malicioso del demandado causo un daño moral que debe ser indemnizado. (CCC, San Isidro, Sala I, 1998/05/13, R de H, S c/, C, LL Buenos Aires, revista de diciembre de 1998, pág. 1434 y 1435)²¹²

Concluyendo diremos que deben de tener en cuenta cada situación que se de en particular sin poder generalizar la procedencia o no de esta clase de resarcimientos, ya que si lo hiciéramos traería como consecuencia un extremo, o bien diríamos que todos los daños que se produzcan en el contexto del divorcio serian resarcibles o no lo serian, dejando de lado las consideraciones que hemos vertido con anterioridad en cuanto a la entidad que debe de reunir el daño para que sea indemnizable, por varias razones una para evitar la especulación económica que se puede generar en torno a la constitución de los matrimonios y su disolución, otra el abarrotamiento que se podría llegar a generar en los tribunales ante la proliferación de esta clase de causas las cuales muchas de ellas no tengan entidad suficiente como para su procedencia emplazándonos en la órbita de la responsabilidad aquiliana o extrapatrimonial dentro de nuestro sistema de Responsabilidad Civil establecido en el Código Civil.

Debe tenerse en cuenta que ante esta posibilidad los cónyuges no tolerarían cierta clase de discusiones, crisis o contradicciones propias del matrimonio que son reglas pre establecidas y asumidas por ambos desde el momento mismo de contraer matrimonio, produciéndose así no solo una crisis en la institución del matrimonio sino también en la de la familia, instituto este que tanto nuestra constitución como en nuestro ordenamiento jurídico tratan de preservar de todas las formas posibles por entender que la misma es el núcleo de la sociedad, y que una persona no puede vivir al margen de una familia porque es propio de las personas constituir las.

Por todo lo expuesto y a modo de cierre tenemos que se conscientes que este tema es peligroso o sensible porque afecta lo más íntimo de la persona y su familia, su admisión total podría traer como consecuencia un cambio de paradigma de nuestro derecho si bien en la realidad de a poco se va dando debido a las nuevas instituciones de familia que se van generando, en particular con la admisión de los matrimonios de

²¹² Vease www.graciamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

personas del mismo sexo, en el fondo siempre se sigue propiciando la formación de la familia más allá de cómo se encuentra constituida la misma, por esta razón deben de ser muy medidas las causas en donde se propicie la contienda judicial sobre los daños que se produjeron teniendo los mismos una entidad más que suficiente y comprobable para traer como consecuencia el desgaste judicial no solo del divorcio en sí mismos, sino también de otro juicio paralelo con motivo de procurar el resarcimiento de los daños que se han generado en torno a esta situación generada en el seno de la contexto de la pareja y de la disolución de la misma.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO IX
CONCLUSION

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1. CONCLUSION.

Dar por concluido un trabajo de estas características engendra en nosotros una satisfacción plena, un logro personal o una meta cumplida, que muchas veces a lo largo del proceso de producción del mismo pareció inalcanzable tal vez por la desorientación que teníamos al comenzar o tal vez por las ansias que día a día iban creciendo o quizás por lo abarcativa que parecía la misma. Pero finalmente llegamos a realizar nuestra meta y este es entonces el momento en que debemos realizar una revisión de todo lo expuesto a lo largo de esta obra para ir remarcando a modo de conclusión en este apartado sobre los distintos temas que abordamos en el texto en su completitud, sin perder de vista que en el propio texto se hayan dejado entrever muchas de las conclusiones que a continuación transcribiremos como así también otras que recién en esta oportunidad las plasmaremos.

Comenzaremos proporcionando una respuesta afirmativa o negativa de dos de los objetivos generales que nos planteamos al comienzo de la obra, pro seguiremos estableciendo cuales son los fundamentos que dan sustento a dichas afirmaciones. Dando respuesta al primero de los objetivos generales que nos planteamos al comienzo de esta obra, el cual hace alusión a si debe hacerse lugar a la procedencia o no de la indemnización como consecuencia del divorcio; nos enrolamos junto con los autores que se posicionan dentro de la doctrina que admite la procedencia de este resarcimiento. Respondiendo al segundo de los objetivos generales, diremos que nada se discute acerca del resarcimiento del daño patrimonial en el ámbito de estas relaciones de familia, cuestión esta que no sucede en cuanto a los daños extrapatrimoniales, ya que su reparación se encuentra controvertida por toda la doctrina, si bien no existe unanimidad en la posición que se adopta en nuestro derecho, nosotros diremos que nos encontramos a favor de aquella parte de la doctrina que admite la procedencia de la indemnización por los daño extrapatrimonial que derivan de las consecuencias del divorcio.

Seguidamente nos parece oportuno traer a colación todos aquellos argumentos o fundamentos que a lo largo de la obra hemos plasmado y analizado con el objeto de abalar y dar sustento a las afirmaciones que hemos vertidos en el párrafo anterior, para eso haremos una sucinta reseña de los mismos.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Comenzaremos diciendo que admitir la reparación del daño no es sinónimo de reparar el error de elección que se plantea cuando uno de los cónyuges decide contraer matrimonio con el otro, sino de reparar todas aquellas consecuencias dañosas que son el resultado de la disolución del matrimonio que puede tener como causa el error de elección. Debemos también recordar que la admisión de este tipo de resarcimiento no traería como consecuencia ineludible la disminución de la celebración de los matrimonios, debido a que esta decisión se encuentra dentro de la esfera íntima de la persona de sus sentimientos el cual no se puede comparar con ninguna clase de especulación que puedan llegar a realizar las persona, ya sea para contraer matrimonio teniendo en miras una posible indemnización pecuniaria como así tampoco tomar la decisión de no contraer matrimonio por miedo a que en algún momento el mismo sea disuelto y genere como consecuencia un resarcimiento a nivel pecuniario. En conexión con la idea anterior traeremos a colación aquel argumento erróneo que esbozan aquellos autores que se encuentran en contra del resarcimiento, diciendo que su admisibilidad traerá como consecuencia una mayor litigiosidad contradictoria a la hora de resolver las causas de divorcio en los tribunales, nosotros ante este argumento decimos que no es cierta su apreciación ya que la litigiosidad en esta clase de causas existe haya o no resarcimiento pecuniario de por medio, y que su admisión o discusión no traería aparejado el aumento de la contradictoriedad, creemos que esto es una falacia. Seguidamente también se trató de apaciguar su admisibilidad diciendo que los tribunales están completamente abarrotados y que se encuentran desbordado por lo que someter estos conflictos a una decisión jurisdiccional fomentaría este inconveniente; nosotros consideramos que no es así debido a que si una persona decide excitar a un órgano jurisdiccional para que emita su opinión debe de tener fundamentos suficientes por los cuales reclamar que van más allá de la apreciación subjetiva que se pueda hacer sobre el motivo en sí que dé lugar a la contienda. Debemos de recordar aquel argumento que pretendía inhibir la procedencia de la indemnización con motivo de existir ciertas clases de daños que quedarían al margen de toda posible reparación debiendo la persona que lo padece sopesarlo en forma personal esta lesión sin poder reclamar ningún tipo de resarcimiento por los mismos; esto no es correcto desde el punto de vista jurídico ya que si al momento de merituar una situación de hecho que trae consecuencias dañosas se configuran todos y cada uno de los presupuestos necesarios para que se dé la responsabilidad civil no puede el propio tribunal desconocer esta situación y apartarse de contemplar un posible

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

resarcimiento por el daño causado simplemente por sostener que existen casos en donde es la propia persona la que debe soportar los daños.

Continuando con la enumeración de los fundamentos es hora de que nos detengamos en uno de los argumentos que creemos es el principal de todos aquellos que se han establecido a lo largo de la historia y por toda la doctrina a favor del resarcimiento, nos animamos a decir que en su seno contiene a todos los argumentos, hacemos referencia al principio jurídico de no dañar a otro (*alterum non laedere*), entendido este como “*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio*” (art 1109 del Código Civil), que se desprende en forma implícita de la letra del Art. 19 de nuestra Constitución Nacional; cuando hablamos de la Constitución debemos de recordar que nos encontramos ante la norma fundamental de todo nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual todas las leyes o normas posteriores deberán de respetarla y nunca podrán alegar su desconocimiento. Nos encontramos frente a un derecho implícito que surge de esta norma madre, en el contexto de la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona humana, derecho éste de jerarquía suprallegal. De todo lo expuesto diremos que el Derecho de Familia como ámbito de derecho se propicia la especialidad de sus normas, cuestión esta que altera o desconoce un principio establecido en el derecho el cual reza *no dañar al otro*, que se encuentra contemplada en nuestra norma madre, razón por la cual al ser esta la ley suprema de nuestro país no se puede desconocer ni derogarse por norma inferior o vacío del derecho, motivo por el cual ante la producción de un daño extrapatrimonial dentro del divorcio se deberá entonces aplicar todas aquellas normas del Derecho Civil que hacen a la responsabilidad y resarcimiento de los daños. Ante este razonamiento cae uno de los fundamentos que se pretendía alegar en contra de la aplicación de las normas del derecho en general a este ámbito del derecho, ya que no se puede sostener que este ámbito del Derecho de Familia constituya un ordenamiento especializado y autosuficiente distinto del resto el cual se baste a sí mismo, sino que ante la falta de autosuficiencia y vacío legal que se plantea en la solución de este problema nos debemos de remitir para darle una respuesta a ciertos principios de la teoría general del derecho civil. Nos encontramos frente a uno de esos casos o situaciones que son planteados o surgen en primer lugar de la realidad sin tener una respuesta instantánea por parte del derecho, como consecuencia del constante cambio que se produce en el devenir del día a día planteándose innumerables situaciones que se encuentran desamparadas por la ley, debido a que el derecho siempre va detrás del surgimiento

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

de las situaciones de hechos tardando siempre un lapso de tiempo mayor para esbozar la solución de forma expresa en una norma determinada, motivo por el cual muchas veces es lógico emplazar la respuesta al ámbito de los principios generales del derecho que se encuentran establecidos desde hace muchos años en nuestro Código Civil y que son de aplicación subsidiaria siempre que no haya una norma específica que derogue a este.

El razonamiento que hasta ahora hemos hecho en el marco de nuestra conclusión puede ser sintetizado de la siguiente forma, nos enrolamos dentro de aquella doctrina mayoritaria, que considera la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual a esta clase de daños, ya que se encuentra implícito antes los hechos y los daños derivados del divorcio la violación al principio de no dañar a otro, y por lo tanto la posibilidad de resarcimiento de estos daños surgirá así del Art. 1109 del Código Civil. No es cierto que se trate de compensar o equiparar un daño que ya ha tenido lugar, con algún otro daño posterior que tenga tal vez es de otra identidad, con esto hacemos referencia a una comparación de daños que se profesan las mismas personas contra sí y que permitirían según una parte del nuestro doctrina compensarlas entre si y sopesar los daños, vendría a ser una situación similar a la que describiremos a continuación, tratar de sopesar el daño de la pérdida de un hijo con el nacimiento de uno nuevo, o que el daño que se ocasiona por un robo deja de ser tal cuando se compra algo similar.

Nos parece oportuno recordar que en el desarrollo del trabajo hablamos en general sobre esta clases de daños y tratamos de esbozar un término o adjetivo para encuadrar a todas las clases de daños que pueden surgir de esta clase de situaciones que se plantean en el contexto del divorcio, es así como tomamos el termino mobbing para hacer alusión a todos aquellos daños sufridos por uno de los esposos durante el matrimonio que tiene diversas expresiones en la realidad a saber, hostilidades, injurias, agravios vertidos en público o privado contra el otro consorte, ya sea que los mismos atenten contra su integridad psicológica, física o profesional de la persona. Tomando como fundamento para la reparación de estos daños, en la violación del principio de igualdad moral y jurídica que debe existir entre ambos cónyuges, como así también los deberes matrimoniales como son el deber de respeto y solidaridad.

Propiciaremos a su vez la necesidad que existe en el ámbito jurídico de nuestro país que se zanje esta laguna que surge del mismo, esto se haría por medio de la

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

admisión de esta problemática en el ámbito del articulado del ordenamiento jurídico argentino estableciendo cuales son los casos en donde procede o no el resarcimiento de los daños derivados del divorcio. Se necesita de una norma imperativa concreta que resuelva el problema y unifique los distintos criterios que surgen tanto de la jurisprudencia según cada uno de los jueces como así también de la doctrina., cuestión esta que sino queda al arbitrio de cada uno de los jueces que intervengan ante esta clase de conflictos.

Siguiendo con las consideraciones vertidas en el párrafo anterior nos parece oportuno traer a colación el Proyecto de Reforma al Código Civil del año 1998, en el cual se planteó una normativa apropiada y expresa que contemplaba el derecho a una indemnización del daño extrapatrimonial en las relaciones de familia en general como así también en particular como consecuencia del divorcio, plasmados en los art 1600²¹³ y 1601²¹⁴ de este articulado. De esto se desprende que podría ser apropiado tomar a esta propuesta de tipificación para crear una legislación actual que se actualice conforme la realidad que nos toca vivir siempre que no se deje de lado la admisión de estas nuevas clases de daños; o si no es posible su adaptación generar una nueva propuesta. Concluimos que es de absoluta importancia concretar esta reforma del Código Civil para que exista una norma expresa en donde se pueda encontrar la respuesta para este conflicto, saneando con esto la laguna del derecho que se ha generado.

²¹³ **Art. 1600 de la Reforma de 1998 al Código Civil Argentino:** Alcances.- En este Código: a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto. d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona. e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso. **Sustraído de** <http://civil.udg.es/tort/materials/rcargentina.htm>

²¹⁴ **Art. 1601 de la Reforma de 1998 al Código Civil Argentino:** Daño reparable. Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable. **Sustraído de** <http://civil.udg.es/tort/materials/rcargentina.htm>

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Nos parece oportuno también referirnos por medio de una síntesis sobre la posible solución que hemos propuesto con el fin de resolver el problema planteado al comienzo de nuestra narración el cual fue vertido y explicado en forma más extensa en uno de los capítulos de esta obra. En dicho apartado comenzamos sosteniendo que al no existir ninguna clase de norma concreta en todo nuestro ordenamiento jurídico que nos de una respuesta eficaz a nuestro conflicto, es que debemos de caer en forma supletoria ante la falta de una norma en concreto a nuestro Código Civil y en particular en este caso a la Responsabilidad Civil que se encuentra establecida dentro del mismo con todos sus principios, reglas y presupuestos, con el fin de poder permitirle aquella persona que se ve dañada en su esfera íntima (moral, emocional, espiritual en fin todos aquellos daños que engloban los daños extrapatrimoniales) una tutela jurídica en donde ampararse para reclamar el resarcimiento de aquellos daños que le fueron practicados por su cónyuge sobre su persona, ya que no podemos sostener el vacío legal que existe en nuestra realidad simplemente por ser ortodoxos en cuanto a la materia de Familia y hacer de este ámbito un coto impenetrable por los principios generales del derecho.

Continuando con el análisis de la propuesta una vez admitida la procedencia de la indemnización, debimos de realizar algunas consideraciones en torno a estos daños y su entidad para poder llegar a este resarcimiento mediante un órgano judicial, ya que consideramos que no toda situación de hecho que se presente en torno del divorcio iba a tener la entidad tal de generar consecuencias dañosas capaces de compensar en forma pecuniaria. Es así como dos clases de daños, unos que quedarían dentro de la esfera íntima de los conyugues o lo que lo que es lo mismo decir entrarían dentro de ciertas reglas pre establecidas que conocen los conyugues a la hora de contraer matrimonio, las cuales van a tener que ser sopesadas entre ambos sin darle posibilidad a ninguna a las partes para accionar por esta clase de daños en el ámbito jurisdiccional. Mientras que por otro lado podemos hacer alusión sobre la existencia de otra clase de daños que tiene mayor entidad en cuanto a su dañosidad, motivado en el emplazamiento que estos daños tienen en la esfera exterior del conyugue al cual se los confieren, afectando no solo su esfera íntima sino que también trasladándose a su reputación social, estigmatización y ni hablar si uno de estos daños tiene como fuente la violencia ya sea física o psíquica conferida por uno de los conyugues al otro, situación está que agrava la producción del daño; podemos decir que todas estas situaciones de hecho legitiman a nuestro entender a los damnificados a excitar los órganos jurisdiccionales con el fin de que los mismos puedan dirimir, en base a los

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

daños conferidos y fundamentos facticos, sobre la procedencia o no de su resarcimiento. Por lo tanto concluimos que esta diferenciación en cuanto a los daños nos parece lo más apropiado para conferir la solución que tanto propiciamos encontrar a lo largo de este trabajo, con el objeto de evitar que se presenten en tribunales situaciones de hechos que no tienen por qué dirimirse en este ámbito por no tener entidad suficiente, lo cual traería si en esta oportunidad como consecuencia el abarrotamiento de los tribunales por hacerse cargo de esta clase de causas que no le competen, dejando a salvo aquellas situaciones en donde el daño si tenga entidad suficiente y sea procedente el actuar judicial para dirimir la cuestión en cuanto a su resarcimiento; por todo ello es más que importante hacer una selección previa en cuanto al daño que nos permitirá excitar al órgano jurisdiccional para obtener por esta vía el resarcimiento de los mismos.

Como corolario de toda la obra podríamos decir que existe hoy en día una situación de hecho que surge de la realidad que nos toca vivir, que se emplaza dentro de dos ámbitos del derecho que deben de conciliar entre sí para darle una solución a la misma, que hace a la reparación de los daños extrapatrimoniales que surgen después de un divorcio, al no existir norma expresa que nos permita inferir su resolución debemos sacar a colación aquellos principios generales de la responsabilidad civil que salen del Código Civil, inmiscuyéndonos entonces en la órbita de la responsabilidad extracontractual y los presupuestos necesarios que deben de existir para que se configure. Ante un daño deben de analizarse la concurrencia de los presupuestos necesarios para la reparación si los mismos se configuran por más que no se encuentre esta clase de daños tipificado para su resarcimiento debe de hacerse lugar a su indemnización, siempre teniendo en cuenta la entidad del daño conforme la gravedad que el posea para llegar a dirimirse en una contienda judicial.

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

CAPITULO X
BIBLIOGRAFÍA

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

1. BIBLIOGRAFIA-

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Abeledo - Perrot. Bs. As., 1997.
- BUTELER CACERES, José A. Manual de derecho Civil, Parte general. 2ª Edición Estudiantil, Editorial ADVOCATUS - Mediterránea, Cba.
- MEDINA, Graciela “Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario)” JA 1994.
- MENDEZ COSTA, María, “Separación Personal, Divorcio y Responsabilidad Civil. Sus fundamentos”. p. en “DERECHO DE DAÑOS” libro homenaje al Dr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Editorial La Roca. Bs. As. 1989.
- PIZZARRO, Daniel Ramón y VALLESPINO, Carlos Gustavo. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO, Obligaciones, Tomo II. 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Bs. As, 1999.
- ZANNONI Eduardo A. y BOSSERT Gustavo A. Manual de derecho de familia. 6ª Edición actualizada, 1ª reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As, 2005.
- Pagina de Internet:
 - www.gracielamedina.com. **Fecha de consulta:** Mayo de 2010
 - <http://www.orientacionlegalparatodos.com/?p=250>. **Fecha de consulta:** Octubre 2010
 - http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF. **Fecha de Consulta:** Octubre de 2010

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

- [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30982&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%E1tedra%20universitaria&Accion= VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30982&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20c%E1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo). **Fecha de Consulta**: Octubre de 2010
- <http://civil.udg.es/tort/materials/rcargentina.htm> **Fecha de Consulta**: Diciembre de 2010
- <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/plenario/012fallop.htm>. **Fecha de Consulta**: Enero de 2011
- <http://www.gracielamedina.com/.../DAOS-Y-PERJUICIOS-DERIVADOS-DEL-DIVORCIO>. **Fecha de consulta**: Abril de 2011

¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Angelini Valeria Guadalupe
E-mail:	vale_angelini@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada.

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“¿Procedencia o no de la indemnización del daño extrapatrimonial como consecuencia del divorcio?”
Título del TFG en inglés	“Procendence or not of compensation from extrapatrimonial damage as a consequence of divorce?”
Integrantes de la CAE	Sebastián Ferreyra y Adriana Warde.
Fecha de último coloquio con la CAE	07 de Abril de 2011
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica: x

Después de..3... Mes(es)

Firma del alumno