



**DAÑOS DERIVADOS DEL
DIVORCIO COMPETENCIA
PATRIMONIAL**

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADO
SAVIO ANDREA VANINA
NOVIEMBRE DE 2012

A mí amado esposo y mi maravillosa hija que me acompañaron en este proyecto de forma incondicional, y entendieron mis ausencias y mis malos momentos. Y que desde el principio hasta el día hoy siguen dándome ánimo y fuerzas para terminar este proceso.

A mi gran amigo Lucas Sebastián Benítez Elías que siempre me ha dado su apoyo absoluto, leyendo, opinando, corrigiendo, teniéndome paciencia, dándome ánimo, acompañándome en los momentos de crisis y en los momentos de felicidad.

Agradezco a la Dra. M. Cecilia Caro Leopoldo por haber confiado en mi persona.

A las Dras. Adriana Warde y Verónica Taboas por la impecable dirección para realizar este trabajo.

RESUMEN:

En este Trabajo de Graduación Final se examina el proceder del reclamo de los daños y perjuicios ocasionados dentro del instituto del divorcio vincular.

Se estudió de manera exhaustiva, el derecho de fondo en lo que compete a la figura del matrimonio, divorcio vincular, responsabilidad civil y daño. A demás se analizó las leyes procesales vigentes en el fuero especializado en la materia de familia, como también se observa el papel fundamental dentro de la competencia que cumplen los órganos jurisdiccionales en los Tribunales de Familia de la ciudad de Córdoba.

Los datos analizados son extraídos de la doctrina dominante en cuanto a la reclamación de daños y perjuicios que se pudieran ocasionar entre los esposos, cuando deciden divorciarse, y a la vez se presentan los resultados que se obtuvieron al estudiar el órgano jurisdiccional exclusivo en derecho de familia en la primera circunscripción judicial de la Provincia de Córdoba.

Se describen dos estrategias intervinientes, la reflexión y el reconocimiento de la procedencia de la reclamación de los daños y perjuicios que puede traer aparejado la figura del divorcio vincular y la construcción de una nueva visión del legislador con miras a las ventajas que posee el actuar de los Tribunales de Familia de la Ciudad de Córdoba como fuero especializado y exclusivo de las cuestiones de familia.

ABSTRACT:

The purpose of this final thesis is to analyze the current proceedings to claim for damages in the context of an absolute divorce litigation.

A thorough study was made of the provisions of substantive law as regards the concepts of marriage, absolute divorce, civil liability and damages. An analysis was performed of the process laws currently in force in the specialized courts for family matters, with special emphasis on the key role played by the jurisdictional bodies in the Family Courts of the city of Córdoba.

The information analyzed is based on the prevailing doctrine on the possible claims for damages that spouses may present when they decide to divorce. This work shows the results and conclusions of the thorough study of the judicial body with exclusive jurisdiction in family matters of the first judicial district of the province of Córdoba.

In this regard, two relevant aspects that lawmakers should consider are herein developed: the recognition that a claim for damages in the context of an absolute divorce may occur, and the need to analyze the advisability that the above mentioned matters are dealt with in Family Courts of the city of Córdoba, which have exclusive jurisdiction over family matters.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	11
Justificación de la temática elegida.....	13
Objetivos Generales y Particulares.....	15

CAPITULO I – EL MATRIMONIO Y SUS VICISITUDES

1. Matrimonio:

1.1. Concepto.....	18
1.2. Caracteres del matrimonio.....	18
1.3. Requisitos de Existencia.....	19
2. Extinción del matrimonio.....	19
2.1. Muerte de los cónyuges.....	20
2.2. Matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.....	21
2.3. Divorcio Vincular	
2.3.1. Concepto.....	21
2.3.2. Clasificación.....	22
2.3.3. Causales de divorcio.....	28
2.3.4. Efectos del divorcio.....	30

CAPITULO II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO

1. Responsabilidad Civil

1.1. Concepto.....	34
1.2. Tipos de responsabilidad.....	34
1.3. Presupuestos de la Responsabilidad Civil.....	35
1.3.1. La Antijuridicidad y sus eximentes.....	35
1.3.2. La Relación de causalidad y sus eximentes.....	37
1.3.3. El factor de atribución: Factores Subjetivos y Objetivos.....	41
1.3.4. El daño: Requisitos.....	45

2. El daño

2.1. Concepto.....	47
2.2. Tipos de Daño.....	47
2.2.1. Daño Moral.....	48
2.2.1.1 Clasificación del daño moral.....	49
2.2.2. Daño Patrimonial.....	51
2.2.2.1. Clasificación del daño patrimonial.....	52

CAPITULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DIVORCIO

1. Posiciones doctrinarias.....	58
1.1. Tesis Negativa.....	59
1.2. Tesis Positiva.....	60
2. Daños derivados del divorcio vincular	
2.1. Fundamentos de deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio vincular.....	62
2.2. La influencia de la culpabilidad.....	64
3. Daño Moral en el divorcio.....	66
3.1. Pautas para su procedencia.....	69

CAPITULO IV. ELEMENTOS PROCESALES

1. El proceso: Concepto.....	74
2. La jurisdicción.....	74
3. La competencia	
3.1. Concepto.....	77
3.2. Clasificación de la competencia.....	78
4. Reglas de la competencia territorial.....	80
4.1. Excepciones a las reglas de competencia.....	81

5. Conflicto de competencia.....	82
5.1. Conflicto de competencia positivo.....	83
5.2. Conflicto de competencia negativo.....	84
6. Cuestiones de competencia.....	84
6.1. Declinatoria.....	85
6.2. Inhibitoria.....	85

CAPITULO V. LA LEY 7.675 Y SUS MODIFICATORIAS

1. Creación del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba. Fundamentos.....	89
2. Organización de una justicia especializada.....	91
3. Sanción de la Ley N° 7.676.....	96
4. Competencia del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba	
4.1. Competencia territorial.....	99
4.2. Competencia funcional.....	101
4.3. Competencia material.....	104
5. Ministerio Público.....	106
6. Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario.....	107

CAPITULO VI. DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO. COMPETENCIA PATRIMONIAL

1. Recepción de la responsabilidad familiar por daños.....	112
2. El deber de indemnizar daños y perjuicios derivados del divorcio vincular.....	112
3. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales.....	116
4. Competencia patrimonial del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba.....	118

CAPITULO VII. MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL SOBRE SEPARACIÓN PERSONAL Y DIVORCIO.

1. Nociones generales acerca del proyecto de la reforma al Código Civil en materia de divorcio.....	122
2. El Divorcio en el Proyecto de Reforma en el Código Civil Argentino.....	128

VIII. CONCLUSIONES.....	132
-------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	139
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El origen de la familia es el matrimonio. Esta institución es la base jurídica más importante del derecho de familia.

El matrimonio es la creación jurídica - social que concibe un vínculo conyugal entre sus contrayentes, lo que implica un acto voluntario y lícito.

Mediante el matrimonio nace la familia, que es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, otorgándole así un rol protagónico dentro de nuestra sociedad.

El problema se suscita cuando en la pareja matrimonial surgen cuestiones problemáticas que llevan a la ruptura de los cónyuges, y ese vínculo creado por el matrimonio se convierte en un asunto solamente formal. Ante estas situaciones de frustración matrimonial, nuestra legislación brinda como solución jurídica la separación personal o el divorcio vincular.

Específicamente, dentro del divorcio vincular, se plantea en la doctrina y la jurisprudencia la problemática de los daños procedentes de esta figura legal. En la actualidad la doctrina (Belluscio, 2006; Borda, 1993) se divide en dos posturas: 1. La tesis negativa: Que niega rotundamente la indemnización de daños procedente del divorcio, y 2. La Tesis positiva: Que encuentra totalmente viable la procedencia de la reparación de los daños derivados del divorcio vincular.

La doctrina mayoritaria (Belluscio, 2006; Bossert y Zannoni, 1998) se enrola en ésta última postura a favor de la procedencia del resarcimiento del daño en el divorcio vincular, invocando que la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasionare un daño injusto a otro (Belluscio, 2006).

En cuanto a las cuestiones procesales derivadas del divorcio vincular, más asiduamente a la competencia, el Código Civil como derecho de fondo, reconoce la posibilidad a elección del demandante de intentar la acción de separación personal o divorcio vincular ante la sede del último domicilio conyugal efectivo o ante el juez del domicilio del demandado (Artículo 227 del Código Civil).

En el encuadre jurídico de los Tribunales de Familia de la Ciudad de Córdoba, cuando se entabla una acción de divorcio vincular con resarcimiento patrimonial a favor de uno de los cónyuges, los Jueces de Familia se declaran incompetentes, derivando dicho reclamo a la competencia de los Tribunales Civiles, a su vez los jueces civiles también declaran su incompetencia al respecto, creando así el conflicto de competencia negativa entre ambos fueros.

Asimismo, se pondrá énfasis en la jurisprudencia local, sobre todo en los casos donde se plantea la discusión sobre la responsabilidad civil entre cónyuges, la que en la actualidad aparece indirectamente en vía de compensación de culpas.

Con éste trabajo no solo se abordara la temática de la procedencia de los daños dentro del divorcio vincular, sino que además, se desglosara la competencia asignada a los Jueces de Familia, que integran los Tribunales de Familia de la Ciudad de Córdoba; fuero que fue creado con la intención de darle a las cuestiones familiares una atención excepcional y exclusiva.

Se diferencia lo que corresponde al derecho de fondo y al derecho procesal, el cual adquiere protagonismo en esta investigación por la

significativa Ley N° 7.676, la que reglamenta los procedimientos del Fuero de Familia de la Ciudad de Córdoba.

Creemos que de esta forma podremos llegar a lograr un tratamiento adecuado de las cuestiones de familia, sobre todo si se trata de una cuestión litigiosa.

❖ Justificación de la temática elegida

En la actualidad no se puede ignorar la existencia de un número considerable de matrimonios rotos, plasmándose en los Tribunales de Familia un sinnúmero de demandas solicitando el divorcio vincular entre las partes. Las mismas en su mayoría cuando son de manera controvertida solicitan en sus escritos la reparación del daño producido al cónyuge inocente por causas que implican culpa. Pero la satisfacción de la víctima del daño generado por los hechos que desencadenaron el divorcio, no se alcanzan con la sanción de culpabilidad para el ofensor, lo que implica que se deben atender los propósitos indemnizatorios, paralelamente a la finalidad de la ruptura material del matrimonio. Es así que el juez deberá analizar los elementos de juicio que se presente en cada caso, la conducta de los cónyuges, la relación de causalidad entre ésta y el daño producido que cada uno alega, y de esta forma llegar a una decisión que luego se convierta en sentencia definitiva.

En nuestro derecho positivo la reparación del daño ocasionado por el cónyuge culpable, es susceptible de ser indemnizada como consecuencia de los hechos constitutivos enmarcados en las causales de divorcio. Al reservar la procedencia del daño no se corre riesgo de quebrar la especialidad del derecho de familia, ni empañar sus finalidades o superponer su régimen de

sanciones, como tampoco alentar a la desgracia del fracaso matrimonial, todo lo contrario, la admisión de la procedencia de la reparación del daño dentro del divorcio, se basa específicamente en dar soluciones de manera coherente con el sistema que estipula este tipo de remedio jurídico para aquellos matrimonios que hubieran fracasado.

La problemática está dada también en la competencia que atribuye la Ley del Fuero de Familia N°: 7.676 a los Tribunales de Familia para atender la procedencia de la indemnización del daño dentro del divorcio vincular, originando de ésta manera, que el Juez de Familia se limite solamente atender la causa de la ruptura del vínculo matrimonial y sólo de manera excepcionalísima se avoque a cuestiones de índole patrimonial, por lo que en la mayoría de estas causas se aparta declarándose incompetente y derivándolas al Fuero Civil para que sea allí donde se resuelvan dichas cuestiones patrimoniales.

Siendo así la situación, se perjudica a las partes que pretenden obtener su libertad para empezar una nueva vida, demorando en tiempo la respuesta del juzgador y a la vez afectando la economía procesal propuesta por nuestro derecho, por lo que los cónyuges deberán realizar su reclamo patrimonial ante otro tribunal diferente del cual realizaron su trámite inicial de divorcio vincular.

El valor teórico que aflora en nuestra investigación será entonces, aportar a que nuestro sistema legal tanto en la ley de fondo como en la ley del Fuero de Familia completen sus respectivos vacíos legales, dejando de manera análoga solo lo que resulte de los hechos materiales de cada caso en particular.

❖ Objetivos Generales y Particulares

El presente trabajo de graduación final, tratará la problemática referida a las dificultades que se presentan en el sistema judicial de la ciudad de Córdoba a la hora de interponer acciones patrimoniales derivadas del divorcio vincular, y a la problemática que procede de la indemnización tanto patrimonial como moral a favor de uno de los cónyuges en el divorcio vincular.

El objetivo propuesto en éste trabajo, es el de aportar una visión al respecto de la problemática planteada, realizando un análisis de las dificultades que se exhiben en el sistema judicial de la ciudad de Córdoba, más precisamente en los Tribunales de Familia, a la hora de interponer acciones de índole patrimonial derivada del divorcio vincular.

Se realizara un enfoque con el fin de analizar el itinerario de las causas de divorcio vincular, entabladas en los Tribunales de Familia, donde se debe afianzar cada vez más el objetivo principal de dicho fuero (exclusividad y celeridad), dado que su creación tuvo su génesis con el propósito de atender aquellas cuestiones que nacen de las relaciones de familia, a los fines de descongestionar la justicia ordinaria.

El enfoque recaerá sobre la cuestión de la procedencia de la indemnización patrimonial dentro de las causales de divorcio vincular, analizando las ventajas de contar con un fuero especializado en derecho de familia dentro del Fuero Civil.

Los objetivos serán:

- Analizar la procedencia de las acciones de daño que se plantean en los Tribunales de Familia de la ciudad de Córdoba en los trámites de divorcio vincular.
- Detallar la problemática que se presenta de manera frecuente en el sistema judicial de la ciudad de Córdoba a la hora de interponer una demanda de divorcio vincular con reclamo de daño patrimonial a favor de uno de los cónyuges.
- Individualizar las ventajas de contar con un fuero especializado en derecho de familia dentro del fuero Civil.
- Examinar la procedencia de la reparación del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.
- Observar las diferentes posturas doctrinales sobre la procedencia de la indemnización del daño a favor del cónyuge inocente dentro del divorcio vincular.

*CAPITULO I. EL MATRIMONIO Y
SUS VICISITUDES*

1. El matrimonio:

1.1. Concepto:

El matrimonio es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida. Dicha unión se logra en virtud de un acto jurídico, voluntario y lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales (Borda, 1993).

El fin natural del matrimonio es la plena realización del hombre y la mujer en el encuentro interhumano, en el cual han de fundar una familia constituida por ellos y más tarde por los hijos que lleguen al mundo (Zanonni, 2006).

1.2. Caracteres del matrimonio:

➤ **Unidad:** El matrimonio es la comunidad a la que se someten los esposos como consecuencia del vínculo que los liga.

➤ **La monogamia:** Implica la unión de un solo hombre y una sola mujer.

➤ **Permanencia y Estabilidad:** El matrimonio se celebra con la intención de que perdure en el tiempo y que su estabilidad sea asegurada por la ley.

➤ **Legalidad y Juridicidad:** La legalidad, en el acto de celebración del matrimonio esta impuesta por la ley, y los derechos y deberes que surgen de dicho acto jurídico.

La connotación de juridicidad en la figura del matrimonio es fundamental, porque define en qué condiciones y bajo qué presupuestos es legítimo el trato sexual. Desde éste punto de vista, el matrimonio es la unión

de un hombre y una mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia, generador de relaciones determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia (Zannoni, 2006).

1.3. Requisitos de existencia

Para que el matrimonio se configure válido según el ordenamiento jurídico requiere, además del consentimiento de los contrayentes, de un acto administrativo llevado a cabo por el oficial público, quien ejerce también el control de legalidad que el derecho positivo le impone (Zannoni, 2006)

Para que dicho acto matrimonial sea válido y lícito es necesario reunir ciertos requisitos, intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma, así lo determina el artículo 172 del Código Civil que define: “es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer ante la autoridad competente para celebrarlo”. Zannoni (2006) se refiere a ellos como elementos estructurales del acto jurídico matrimonial.

Por lo tanto existen:

- Condiciones de existencia del matrimonio, que son los elementos estructurales que hacen a la formación del acto matrimonial, que vienen a ser el consentimiento de las partes y presencia del oficial público.
- Condiciones de validez, que son los presupuestos que la misma ley exige para que el acto jurídico produzca sus efectos propios.

2. Extinción del matrimonio

El matrimonio puede disolverse por diversas causas sobrevinientes a su celebración. Cualquiera fuere la causa, la disolución importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido (Zanonni, 2006).

El vínculo matrimonial se disuelve en tres supuestos:

- Muerte de uno de los esposos.
- Matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.
- Sentencia de divorcio vincular.

2.1. Muerte de los cónyuges

El artículo 213 inciso 1 del Código Civil establece que el vínculo matrimonial se extingue por la muerte de uno de los esposos.

En dicha situación donde se diere la muerte de uno de los esposos, la disolución del vínculo matrimonial opera de pleno derecho, produciendo diversos efectos, entre los cuales los más importantes son:

- El cónyuge supérstite puede volver a contraer matrimonio ya que adquiere aptitud nupcial nuevamente, además el mismo ejercerá la patria potestad sobre los hijos de ambos.
- El fallecimiento provoca la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, la misma se liquidara en la sucesión del prefallecido.
- La viuda tiene derecho a continuar usando el apellido del marido premuerto salvo que contrajere nuevas nupcias.
- En caso de emancipación del cónyuge supérstite la misma seguirá subsistiendo al igual que el vínculo por afinidad creado en virtud del matrimonio.

➤ Una vez fallecido el cónyuge nace la titularidad de la vocación hereditaria del supérstite en la sucesión del cónyuge premuerto, salvo en los supuestos de exclusión de los artículos 3.573 y 3.575 del Código Civil (Borda, 1993).

2.2. Matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento

La situación de ausencia prolongada de una persona atrae la presunción de fallecimiento de la misma. A esto la legislación llama ausencia con presunción de fallecimiento (Borda, 1993).

En dichos casos, donde el cónyuge del que fue ya declarado ausente con presunción de fallecimiento vuelve a contraer nuevas nupcias, se produce la extinción del vínculo matrimonial anterior. Es decir que la disolución del vínculo marital de acuerdo al artículo 213 inciso 2° del Código Civil, ocurre una vez que el cónyuge del presumido fallecido por su ausencia prolongada, adquiere nuevo matrimonio (Belluscio, 1987).

Los efectos que provoca esta figura son muy similares a la de la muerte de uno de los cónyuges, por ejemplo, el padre que solicita la presunción del fallecimiento de su cónyuge asume el ejercicio de la patria potestad que corresponde al mismo. La sociedad conyugal se disuelve y se liquida (Belluscio, 1987).

2.3. Divorcio Vincular:

2.3.1. Concepto:

Se denomina divorcio vincular a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial, disolución que implica la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido mediante sentencia judicial (Borda, 1993).

Zannoni (2006) caracteriza al divorcio vincular como el distanciamiento o la ruptura matrimonial, que jurídicamente implica el quebrantamiento de la pareja, que ocurre cuando se altera en la vida conyugal y se interrumpe la convivencia.

Vale decir, que se altera el estado de familia de las personas implicadas. Ya que el divorcio vincular es la transformación del estado de familia matrimonial en otro estado, después de la sentencia firme (Zannoni, 2006).

2.3.2. Clasificación

En relación a los motivos que pueden dar lugar al divorcio vincular, existen distintos criterios. Para una parte de la doctrina el divorcio es una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera antijurídicos, para otros, es una solución para poner fin a una situación objetiva, derivada o no de la culpa de los cónyuges, que hace imposible o difícil el mantenimiento de la convivencia. El primer supuesto se trata del divorcio – sanción y el segundo de divorcio – remedio (Sambrizzi, 1999).

➤ **Divorcio - Sanción:** Existe cuando uno de los cónyuges prueba la culpa del otro, implicando así una sanción contra el culpable que se proyecta a la pérdida y restricción de ciertos derechos. En este tipo de

separación se entiende que la causa del conflicto matrimonial es la causa del divorcio. Aquí las causales existentes autorizan a uno de los cónyuges a reclamar el divorcio derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales (Bellusci, 1987).

➤ Divorcio - Remedio: Se da cuando el matrimonio esta desquiciado y la vida en común resulta insostenible. En este escenario no se va a requerir conductas culposas cometidas por alguno de los cónyuges, sino que el divorcio implica un remedio al conflicto que existe en el matrimonio. El conflicto del matrimonio es el mismo conflicto del divorcio (Zanoni, 2006).

En el sistema del divorcio – sanción, el divorcio vincular es decretado por el mismo juez sobre la base de la causal en que incurrió uno de los cónyuges, a petición del otro. Distinto es el sistema del divorcio – remedio donde también puede dictarse a pedido de uno de los cónyuges pero en virtud de una causal existente legalmente establecida por el Código Civil, que puede o no acarrear culpas para uno o ambos cónyuges. De igual manera se puede decretar a pedido de ambos cónyuges sobre la única base del consentimiento mutuo, y en algunos casos basta la voluntad unilateral de alguno de los esposos (Sambrizzi, 1999).

La diferencia entre la concepción del divorcio – sanción y la del divorcio – remedio radica en que la primera estima que la causa del conflicto matrimonial es la causa del divorcio, en tanto que la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, sin que interese las causas de ese conflicto (Zanoni, 2006).

El Código Civil reglamenta las causales de separación personal y de divorcio vincular en los artículos 202 al 205, 214 y 215 de dicho cuerpo normativo. Se conserva la concepción de divorcio- sanción por causales culpables atribuidas a uno de los cónyuges o a ambos.

Por lo tanto el divorcio – sanción se funda en causales subjetivas mientras que el divorcio – remedio se funda en causales objetivas. Diferente es el caso de los trastornos de conducta de uno de los cónyuges establecidos en el artículo 203 del Código Civil, estos son solo causal de separación personal, nunca de divorcio vincular, a éste solo se podrá acceder mediante la conversión establecida en el artículo 238 del Código Civil, luego de pasados los tres años de la sentencia firme de separación personal.

Además se acepta en el mismo Código Civil, la perspectiva del divorcio – remedio, ya que mantiene el divorcio por presentación conjunta, e incorpora otras situaciones objetivas que denotan desquicio de la pareja, y que delatan que la vida en común de los esposos es insostenible, sin necesidad de atribuir culpas (Sambrizzi, 1999).

El divorcio por presentación conjunta es una forma de acceder al divorcio cuyo procedimiento se encuentra establecido en el artículo 236 del Código Civil, donde el juez simplemente se limita a constatar que existen causas graves que tornan moralmente imposible la vida común. El mutuo acuerdo de los cónyuges es suficiente para obtener el divorcio vincular cuando éstos alegan causas que aluden a su fracaso matrimonial (Sambrizzi, 1999).

Esta forma del mutuo acuerdo entre los cónyuges de divorciarse, brinda la posibilidad de ponerse de acuerdo entre los mismos en las cuestiones relevantes que conlleva el divorcio vincular, como ser la guarda de los hijos,

alimentos, atribución de la vivienda familiar, etcétera. Así lo determina el artículo 236 del Código Civil el cual dice que “En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1. Tenencia y régimen de visitas de los hijos. 2. Atribución del hogar conyugal. 3. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización. También las partes podrán realizar acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma se tramitará por vía sumaria. El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos...”.

En cuanto al tiempo para poder solicitar separación personal o divorcio vincular por mutuo consentimiento, el artículo 205 del Código Civil contempla la presentación conjunta, solo a partir de que hayan transcurrido dos años del matrimonio en el supuesto de la separación personal y tres años para el divorcio vincular. En ambos casos los cónyuges deben manifestar que existen causas graves que tornan imposible la vida en común.

El juez en el supuesto de presentación conjunta, debe valorar la existencia de las causas graves que hacen imposible la vida en común de los cónyuges y además ejercer el control de legalidad de presentación conjunta (Zanonni, 2006).

Las condiciones para el procedimiento del divorcio vincular por presentación conjunta son:

- El día en que los cónyuges presenten el escrito de la solicitud de separación personal o divorcio vincular por mutuo consentimiento, deben

haber transcurrido dos años del día de la celebración del matrimonio para solicitar la separación personal y tres años para solicitar el divorcio vincular.

- Ambos cónyuges deben manifestar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, o sea que manifiesten todas las causas que hayan desquiciado o frustrado el matrimonio.

- Por último se requiere que el juez, en las audiencias establecidas en el artículo 236 del Código Civil, constate las causas graves invocadas por los cónyuges y a su vez incite a la reconciliación del matrimonio.

Las cuestiones del procedimiento serán:

- Lo cónyuges pueden comparecer en un escrito común o cada cónyuge puede hacer su presentación en escritos diferentes presentados conjuntamente, cumpliendo con las formalidades que establece la norma jurídica.

- La presentación de los cónyuges puede ser personal o mediante apoderado o mandatarios con poder suficiente para actuar en su representación.

- En la presentación, los cónyuges se limitan a manifestar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, es decir, que no se efectúan mutuamente imputaciones de hechos, sino que hacen saber al juez la existencia de esas causas. Esto de manera privada y reservada al juez en las audiencias de conciliación.

- Para el supuesto de la presentación conjunta también es competente el juez del último domicilio conyugal efectivo o a opción del actor el juez del domicilio del demandado (Artículo 227 del Código Civil).

➤ El patrocinio letrado es obligatorio por aplicación de las normas procesales, y se admite en la presentación conjunta que ambos cónyuges actúen con un patrocinio letrado único.

➤ Son obligatorias las dos audiencias de conciliación establecidas en el artículo 236 del Código Civil, donde el juez además de verificar las causas graves que tornan imposible la vida en común de los cónyuges intentará la reconciliación entre los mismos. En la primera de las audiencias, será obligatoria la comparecencia de ambos solicitantes de manera personal y en la segunda audiencia pueden comparecer los apoderados o mandatarios con poder suficiente para manifestarle al juez que los cónyuges no se han reconciliado.

➤ En cuanto al Ministerio de Menores, su intervención en el proceso de presentación conjunta solo se limita al caso donde existan menores cuya situación deba resolverse. Es decir que no forma parte en el juicio sino que solo interviene en las cuestiones conexas que puedan afectar a los menores (Artículo 59 del Código Civil).

➤ La sentencia que dicta el juez en el proceso de presentación conjunta, trae aparejada dos consecuencias: Primera, si se hace lugar a la separación personal o divorcio vincular, hace cosa juzgada material. Si se desestima la demanda no hará cosa juzgada material ni formal y los cónyuges pueden acudir a otro tribunal. Segunda, la sentencia desestimatoria de la demanda es inapelable, ya que no es susceptible de revisión en la alzada en todo aquello que contiene precisamente el juicio de voluntad del juez (Ferreyra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

2.3.3. Causales de Divorcio

Las causales enumeradas en el artículo 202 del Código Civil son las causas subjetivas de divorcio vincular o causas culpables, o sea causas imputables a título de dolo o de culpa a cualquiera de los cónyuges (Sambrizzi, 1999).

Las causales subjetivas son de acuerdo al artículo 202 del Código Civil:

✓ Adulterio: Es la unión sexual de un hombre o una mujer casados, con quien no es su esposa o marido respectivamente. Se trata de una unión sexual ilegítima. Esta causal enumerada en primer lugar por el artículo 202 del Código Civil vulnera la fidelidad que se deben los esposos luego de contraer matrimonio. El adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente (Belluscio, 1987).

✓ Tentativa contra la vida del cónyuge o de los hijos: El artículo 202 inciso 2° del Código Civil establece “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”. Aun cuando los actos preparatorios no sean punibles de acuerdo al derecho penal, nada impide que trasciendan como injurias graves, y en su caso sean causal de divorcio vincular (Belluscio, 1987).

✓ Instigación de un cónyuge al otro a cometer delitos: La concepción de la norma alude de forma general a la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos, sin especificar de qué delitos se trate (Belluscio, 1987).

✓ Injurias graves: Injurias como causal de separación personal, significa, ofensa, menoscabo de un cónyuge por el otro. Esa ofensa o menoscabo puede provenir de actitudes, palabras, conductas, etcétera, que en general agravian a uno de los esposos, las injurias pueden provenir de uno de los esposos o de un tercero consintiéndolo aquel. Cuando la ley dispone que las injurias sean causales de separación personal, establece que las mismas deberán ser graves. Para considerar la gravedad de las injurias, se establece que el juez sea quien tome en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse (Belluscio, 1987).

✓ Abandono voluntario y malicioso: El inciso 5 del artículo 202 del Código Civil enumera la causal del “abandono voluntario y malicioso”, se refiere al abandono voluntario y malicioso de la cohabitación. Esta causal comprende la actitud de uno de los esposos de abandonar el cumplimiento de uno de los deberes legales exigidos por la ley que conforman al matrimonio. Esta causal está conformada por dos elementos: el abandono y la maliciosidad. Como excepción de esta causal queda el retiro voluntario que el juicio de divorcio lleva implícito, ya que cualquiera de los esposos posee la facultad de retirarse de manera voluntaria del hogar conyugal, efectivizando la separación provisional. La causal de abandono malicioso también se configura cuando un cónyuge expulsa al otro del domicilio impidiéndole maliciosamente el acceso al hogar, y de continuar con la convivencia (Sambrizzi, 1999).

Puede ocurrir que los cónyuges no invoquen ninguna de estas causales del artículo 202 del Código Civil, y aun así lleguen a la conclusión de que su matrimonio se encuentre totalmente desquiciado, o sea halle frustrado,

supuestos en los cuales la ley les proporciona una solución a los esposos en crisis, el llamado divorcio vincular por presentación conjunta establecido en los artículos 205 y 215 del Código Civil.

La separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges ha trascendido como causal objetiva del divorcio vincular. El artículo 214 del Código Civil establece que es causa de divorcio "...La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204".

Para demandar judicialmente el divorcio vincular sin atribución de culpas entre los cónyuges, por causas objetivas, debe haber transcurrido tres años desde el día de celebración del matrimonio, tiempo prudencial para que los cónyuges maduren al respecto de la decisión de quebrar el vínculo matrimonial (Artículo 214 del Código Civil).

El tiempo que prevé la norma, como hecho objetivo del divorcio vincular, evidencia que los esposos no tienen la voluntad de unirse y que por eso, los mismos decidieron cesar la cohabitación. Esta actitud es prueba de que ambos cónyuges quieren divorciarse (Sambrizzi, 1999).

Se considera que la causal de divorcio es objetiva en el sentido que no implica juzgar sobre las causas de la interrupción de la cohabitación, es decir de la ruptura. En dichos supuestos el derecho considera que el hecho de que los esposos hayan llevado vidas separadas durante el término previsto, ya queda demostrado el fracaso matrimonial, sin que sea necesario atribuir responsabilidad de la ruptura a uno o a otro cónyuge (Zanonni, 2006).

2.3.4. Efectos del divorcio

El efecto principal de esta figura legal que lo diferencia de la separación personal, es que una vez decretado divorcio vincular por sentencia judicial, los cónyuges recuperan su aptitud nupcial (artículo 217, 2º párrafo del Código Civil). Es decir que cualquiera de los cónyuges puede volver a contraer matrimonio inmediatamente posterior a la sentencia de divorcio vincular, esto independientemente de los deberes en materia asistencial que mantendrá respecto a su ex cónyuge y los hijos (Belluscio, 1987).

El mismo artículo 217 del Código Civil continúa diciendo que, en virtud del divorcio vincular, cesará la vocación hereditaria recíproca, tal cual lo establece el artículo 3.574 del Código Civil.

El otro efecto del divorcio vincular es que la mujer pierde el derecho de usar el apellido del marido. No obstante, como excepción los ex cónyuges pueden, por acuerdo común, aceptar que la mujer continúe usando el apellido marital en aquellos casos donde la mujer en el ejercicio de su industria, comercio o profesión, fuese conocida por aquel y solicitase seguir usándolo para sus actividades, el juez podrá autorizarla para ello, aunque no cuente con la conformidad del marido. Se admite usar el apellido del ex marido solo para las actividades públicas, porque no podrá hacerlo a los efectos de la documentación personal, en la cual deberá necesariamente usar su apellido de soltera (Zanonni, 2006).

En caso de proceder la reconciliación entre los cónyuges luego de la sentencia de divorcio vincular, la misma solo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio (Artículo 234 párrafo 2º del Código Civil).

Conclusión:

Concluimos con nuestro primer capítulo en que el vínculo matrimonial se establece cuando dos personas expresan de conformidad ante el oficial del Registro Civil su intención de contraer nupcias. Estamos de acuerdo en que el matrimonio es la base de la familia y que es un verdadero acto jurídico empapado de juridicidad.

A demás realizamos una síntesis de las vicisitudes del matrimonio, que son las situaciones que causan la extinción del vínculo conyugal. Estas causales de disolución son de acuerdo a nuestro codificador, la muerte de uno de los esposos, las nuevas nupcias que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y el divorcio vincular.

Analizamos de manera detallada y más puntual la figura del divorcio vincular, la cual se establece en tres diferentes clases: divorcio – sanción, que se funda en causales subjetivas; divorcio – remedio, que se funda en causales objetivas; y el divorcio por presentación conjunta. Dichas formas son soluciones que la norma vigente brinda a los matrimonios que se encuentran desquiciados, de acuerdo a lo estipulado por nuestro Código Civil

**CAPITULO II. CONSIDERACIONES
GENERALES ACERCA DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL
DAÑO**

1. Responsabilidad Civil:

1.1. Concepto:

Se denomina responsabilidad civil a la situación en virtud del cual, cuando un sujeto causa daños a otro, nace la obligación de reparar tales daños ocasionados por dicho agente (Bustamante Alsina, 1997).

Las normas legales que regulan la responsabilidad civil tienen por finalidad establecer criterios que permitan determinar, ante un hecho que ha ocasionado daños, si éstos deben ser soportados por la víctima o por el tercero que los ha causado (Bustamante Alsina, 1997).

La responsabilidad civil consiste en “la obligación de reparar la causación de un daño injustamente causado o injustamente sufrido, atribuido al agente o a quien resulte obligado” (Bertoldi de Fourcade; 1996, pág. 139).

1.2. Tipos de responsabilidad

Existen dos tipos o sistemas de responsabilidad, para ello es necesario comprender la idea de la culpa como presupuesto de la responsabilidad, distinguiéndose a esos fines la culpa contractual de la culpa extracontractual (Bustamante Alsina, 1997).

La culpa contractual supone una obligación preexistente y concreta, formada por la convención de las partes y que la misma resulta violada por una de ellas. La culpa extracontractual consiste en la violación de un deber genérico de no dañar. Nuestro derecho adoptó un sistema de unidad de la culpa civil, siendo en ambos casos la culpa, la causa o fuente de la obligación de indemnizar el daño causado.

Bustamante Alsina (1997) sostiene que la diferencia entre ambas está en la diligencia debida, en la culpa extracontractual la diligencia debida se refiere a la actitud que toda persona debe asumir ante los demás, con total independencia de toda relación obligatoria especial formada antes; mientras que en la culpa contractual la diligencia debida se relaciona con un deber concreto y específico asumido convencionalmente. La diligencia específica no es excluyente de la genérica ni la absorbe, es concurrente, se diferencian por la distinta naturaleza de las obligaciones.

Concluye este autor con que la culpa consiste siempre en la violación de un deber de conducta, sea este genérico o específico, siendo los efectos diferentes.

En nuestro derecho hay una sola culpa con un doble régimen de responsabilidad culposa, según la culpa sea producto de la comisión de hechos ilícitos (responsabilidad extracontractual) o según la misma consista en el incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) (Bertoldi de Fourcade, 1996).

1.3. Presupuestos de la responsabilidad civil

La teoría general de la responsabilidad civil se elabora sobre la base de ciertos presupuestos que son imprescindibles para que nazca la obligación de indemnizar la causación injusta de cualquier daño. Ellos son Antijuridicidad, Daño, Factor de atribución y Nexo causal.

1.3.1. La Antijuridicidad y sus Eximentes

La antijuridicidad está directamente relacionada con lo ilícito, con lo contrario a la ley, son sinónimos (Bustamante Alsina, 1997).

“Es el quebrantamiento del orden jurídico como un todo, una contradicción entre el hecho dañoso y el derecho” (Bertoldi de Fourcade, 1996, pág.140).

“El acto ilícito consiste en una infracción a la ley que produce un daño a otro y que obliga a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio” (Bustamante Alsina, 1997, pág. 109).

Nuestro ordenamiento jurídico establece que la ilicitud constituye un elemento del acto ilícito independiente de la culpa (Bustamante Alsina, 1997).

El codificador en la nota al artículo 1.073 del Código Civil explica las formas de vulnerar el ordenamiento jurídico, expresando que el mismo puede quebrantarse por conductas positivas o negativas.

Las primeras consisten en hacer lo que la ley prohíbe, pueden manifestarse por comisión o por comisión por omisión.

Las conductas negativas llamadas también de omisión pura, consisten en no hacer lo que la ley manda (Bustamante Alsina, 1997).

El principio es que toda acción u omisión que cause un daño es ilícita, por lo tanto antijurídica.

Pero no debe tratarse de cualquier daño sino de un daño injusto, porque la ley en ciertas oportunidades impone las causas de justificación y convierte aquellas conductas formalmente ilícitas en lícitas (Bertoldi de Fourcade, 1996)

En cuanto a los eximentes de la antijuridicidad de un hecho generador de daño, el mismo puede estar justificado por la ley o por el consentimiento de la víctima.

Es así que las causas de justificación establecidas por la ley son:

✓ Estado de necesidad. Se configura cuando una persona causa un daño para evitar otro mayor inminente y grave al que ha sido extraño (Artículo 34 del Código Penal)

✓ Legítima defensa: Se da cuando se causa un daño para repeler una injusta agresión (Artículo 34 inciso 6° del Código Penal).

✓ El ejercicio de un derecho consagrado en el artículo 1.071 del Código Civil el cual define que el ejercicio propio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (Bertoldi de Fourcade, 1996).

✓ A demás se encuentra la justificación del hecho generador del daño, por haber operado el consentimiento de la víctima:

- Consentimiento expreso: Cláusulas de responsabilidad. Dispensa del dolo y la culpa.

- Consentimiento tácito: Son los casos en que la víctima con pleno conocimiento asume el riesgo de sufrir un daño, es decir se trata de una aceptación de riesgos.

Por ejemplo: Actos de abnegación o altruismo, participación en una competencia riesgosa, transporte benévolo, etcétera (Bustamante Alsina, 1997).

1.3.2. La relación de causalidad y sus eximentes

“Es el vínculo existente entre el hecho y el daño, también se lo conoce como el nexo causal. El hecho es el antecedente, vale decir la causa

generadora del daño, siendo ésta consecuencia de aquel” (Bertoldi de Fourcade, 1996, pág. 167).

El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción. La relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es la fuente de la obligación de indemnizar.

Es un elemento objetivo, alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa (Zavala de González, 1999)

Al hablar de hecho nos referimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes. Cada hecho es un eslabón en la cadena causal en donde se suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquel y hechos que son su consecuencia (Zabala de González, 1999).

Ubicar jurídicamente la causa de un daño ofrece dificultades en la práctica, rara vez una consecuencia es obra de un solo antecedente y casi siempre muchos factores se conjugan y encadenan para producir ese efecto (Zabala de González, 1999).

Existen diversas teorías que nos permiten establecer cuál de los hechos antecedentes operan como causa del hecho dañoso:

✓ “Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non: Todas las condiciones positivas o negativas concurrirían necesariamente a producir el resultado de forma tal que ante la inexistencia de una sola de ellas, el resultado no se hubiera producido” (Bertoldi de Fourcade, 1996, págs. 167 y 168).

✓ “Teoría de la condición más próxima: De todas las condiciones necesarias, van a ser causa aquella que se ubique temporalmente más próxima al resultado” (Bertoldi de Fourcade, 1996, pág. 168).

✓ “Teoría de la condición preponderante: Causa es aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores desfavorables y favorables a la producción del daño, influyendo necesariamente en el resultado (Bertoldi de Fourcade, 1996, pág.168).

✓ “Teoría de la causalidad adecuada: Causa es aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir el resultado, lo demás son, solamente factores concurrentes o condiciones antecedentes” (Bustamante Alsina, 1991, págs. 251 y 252).

Para establecer cuál es la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado, dicho juicio de probabilidad debe hacerse en función de lo que el hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (Bustamante Alsina, 1997).

“Esta teoría considera las condiciones en abstracto, y considera como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tenía aptitud para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia. Es decir que

es causa jurídica del daño la condición idónea, adecuada, para producirlo, acorde con las reglas de la probabilidad basadas en la experiencia corriente” (Zabala de González, 1999, pág. 255)

Esta última teoría fue la receptada por nuestro Código Civil en los artículos 901 al 906, de manera implícita. El artículo 901 del Código Civil define las consecuencias mediatas a aquellas que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Aquí la previsibilidad está implícita en el concepto, pues aquella consecuencia que sigue natural y ordinariamente a un hecho, debe necesariamente representarse en la mente de un hombre normal por la fuerza de una experiencia constante y regular (Bustamante Alsina, 1997).

Si nos referimos a los eximentes del vínculo de causalidad, éste falta cuando se interrumpe el nexo causal toda vez que el daño es el resultado de una causa ajena, cuando la causa del resultado es un acontecimiento extraño ajeno del demandado.

Ese acontecimiento puede ser la culpa de la víctima o del acreedor, el daño puede ser causado también por el hecho de un tercero por el cual no se debe responder o la causa del daño puede deberse también a un acontecimiento que no quepa imputárselo a nadie como lo son el caso fortuito o la fuerza mayor. La invocación y prueba de la existencia de una causa ajena interesa al demandado para excusar su responsabilidad por falta de relación causal entre su hecho propio, el de sus subordinados o las cosas de que es dueño o guardián y el daño sufrido por la víctima (Bertoldi de Fourcade, 1996).

1.3.3. El factor de Atribución: Factores subjetivos y objetivos

Los factores que atribuyen responsabilidad, son en realidad el soporte sobre el que se asienta la responsabilidad civil, se refieren al por qué se responde (Bustamante Alsina, 1997).

Son los fundamentos que nos permiten determinar si puede imputarse la causación de un daño al autor o a quien la ley syndique como obligado (Bertoldi de Fourcade, 1996).

Existen factores subjetivos y factores objetivos de responsabilidad.

✓ Factores subjetivos:

Implica considerar la subjetividad del agente y la reprochabilidad humana de su conducta; es lo que se denomina culpabilidad en sentido lato.

La culpabilidad presupone la imputabilidad moral del acto, debe existir “voluntariedad” (Artículos 897, 900 y 921 del Código Civil).

Lo primero que se debe analizar es si el hecho dañoso es voluntario para luego recién indagar sobre el factor de atribución subjetivo.

La culpabilidad en el sentido lato se manifiesta de dos maneras diferentes: culpa propiamente dicha y el dolo (artículos 512 y 1072 del Código Civil).

- La culpa: consiste en la imprevisión de un resultado dañoso previsible y evitable de haberse obrado con la diligencia requerida por la circunstancias. Se funda en la previsibilidad y evitabilidad del resultado. Nuestro Código Civil adopta un sistema de culpa in concreto y de unidad de culpa, es única puesto que no hay categorías de culpa, genérica por lo que es aplicable a la responsabilidad contractual como extracontractual, e invariable. La conducta culposa puede asumir diferentes modalidades, la

negligencia, la imprudencia y la impericia. En la negligencia se omite una conducta que previsiblemente hubiera evitado el resultado dañoso. La imprudencia es un actuar precipitado e irreflexivo. La impericia es actuar con falta de habilidad específica o con incapacidad técnica se relaciona a la falta de idoneidad.

En el ámbito de la responsabilidad contractual la culpa configura un incumplimiento obligacional culposo, en cambio en la responsabilidad extracontractual determina la existencia de un cuasidelito.

- El dolo: Puede ser tomado en tres acepciones, según se lo vincule a los vicios de la voluntad, al incumplimiento contractual o a los elementos del acto ilícito. El dolo como vicio de la voluntad es aquel que provoca el error en otra persona, y vicia la voluntad del otorgante de un acto jurídico tornándolo anulable. Una corriente de pensamiento sostiene que el dolo es el propósito deliberado y perverso de perjudicar. Otros autores, sostienen que para que exista dolo como elemento del delito es suficiente que el sujeto haya previsto las consecuencias de su obrar, es decir que quien quiere el acto quiere sus consecuencias conocidas. Es decir que el dolo se configura cuando el agente obra sin derecho y contra el derecho de los demás, vale decir con intención, aunque no persiga la causación del daño sabe que lo causará o que puede causarlo (Bertoldi de Fourcade, 1996).

- ✓ Factores objetivos

Son aquellos que para atribuir un resultado dañoso prescinden de indagar la conducta del agente y se asientan en otros fundamentos de interés legal.

Su mirada está en la reparación del daño y no la reprochabilidad al responsable, no requieren ser probados, se dan en muchos supuestos de responsabilidad indirecta. Los principios en los que se fundan son la equidad, la obligación de garantía y el deber de seguridad, el riesgo o vicio, el abuso del derecho y la normal tolerancia entre vecinos (Bertoldi de Fourcade, 1996).

- Equidad: Es la justicia aplicada por el juez en el caso concreto, en uso de su facultad discrecional. Es un principio general del derecho.

En base a la equidad el juez puede disponer que se indemnicen ciertos daños que sean frutos de actos antijurídicos involuntarios, el juez podrá reponer el equilibrio por aplicación de este factor, según su apreciación de la relación existente entre el patrimonio del autor y la condición personal de la víctima del daño.

Se requiere que de haber sido voluntario ese acto genere la obligación de reparar y que sea involuntario. El monto de la indemnización se impone de acuerdo a la situación de los interesados, distribuyendo entre sus respectivos patrimonios el perjuicio, es impuesto objetivamente por un deber de asistencia. Está consagrado en el artículo 907, segundo párrafo del Código Civil.

- Seguridad: En el ámbito de la responsabilidad contractual, es una obligación que está implícita con carácter general y accesorio con el fin de asegurar que las personas y cosas comprendidas en el contrato no serán dañadas en su ejecución.

Esta obligación puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes o estar implícita en algunos contratos donde la prestación genera ciertos riesgos, siendo su finalidad preservar a las personas y a las cosas de los contratantes de

los daños derivados de la ejecución de los contratos (Bertoldi de Fourcade, 1996).

- Garantía: Se aplica en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se fundamenta en garantizar a los terceros su indemnidad por la acción eventualmente dañosa de las personas que actúan en interés de otro. Principio consagrado en la primera parte del artículo 1.113 del Código Civil (Bertoldi de Fourcade, 1996).

- Abuso del derecho: Consagrado en el artículo 1.071 del Código Civil, impone la obligación de reparar el perjuicio causado a otro, al titular de un derecho que lo ejerció abusando de sus prerrogativas y causó un daño a otro, el juez valorará si tal comportamiento irregular es contrario a los fines para los que el derecho fue constituido o si excede los fines de las buenas costumbres o la buena fe (Bertoldi de Fourcade, 1996).

- Riesgo: Surge la teoría del riesgo, que se apoya en dos pilares fundamentales el riesgo creado y el riesgo beneficio, quien ejerce una actividad lícita y beneficiosa para sí, debe razonablemente cargar con el riesgo de reparar las consecuencias dañosas que su actividad cree (Bertoldi de Fourcade, 1996).

Se aplica en los casos de daños causados por el riesgo o vicio de las cosa (artículo 1.113 segundo párrafo y segunda parte del Código civil), también en los daños causados por animales feroces (artículos 1.109 y subsiguientes del Código civil Argentino).

- Exceso de la normal tolerancia entre los vecinos: También relacionado con el ejercicio abusivo del derecho, solo que se le suma el límite de la normal tolerancia entre vecinos. Por lo que ello se considerará en

cada caso concreto de acuerdo a las condiciones del lugar, exigencias de la producción, el respeto debido al uso de la propiedad, etcétera (Bertoldi de Fourcade, 1996).

1.3.4. El daño: Requisitos

El Código Civil considera al daño como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil en sus artículos N° 1068, 1069 y consiguientes. En dichos casos, el daño ya no se identifica con la simple lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, sino que es consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el daño existe una relación de causa y efecto. El efecto es el daño resarcible (Bustamante Alsina, 1997).

La idea del resarcimiento del daño ocasionado se plantea luego de la producción de un menoscabo. En sentido cronológico en la responsabilidad civil el daño tiene un papel protagónico, ya que sólo cuando ocurra un daño se examinan los demás presupuestos de la responsabilidad civil (Venica, 2007).

A demás el daño es requisito funcional de la responsabilidad, y a la vez decide con qué extensión se responde, Venica (2007) nos enseña que solo debe resarcirse el perjuicio causado.

Los presupuestos que se tienen que dar para que el daño sea resarcible son:

- El daño debe ser injusto: se debe tener en cuenta la percepción de los intereses lesionados, aunque no estén expresamente contemplados en las normas jurídicas.

La valoración jurídica tutela todos aquellos intereses estimables positivamente sean simples o de hecho, siempre que sean reales.

- El daño debe ser suficientemente cierto: significa que el daño debe existir, debe de tener una entidad real, no basta que sea meramente posible. Daño cierto no equivale a actual, los perjuicios pueden ser futuros, pero serán ciertos siempre que sea previsible que éstos perjuicios ocurrirán.

- El daño debe ser personal de quien lo invoca: Este presupuesto está directamente ligado con las personas legitimadas para reclamar el resarcimiento; los legitimados son los damnificados por el hecho lesivo que causó un daño, ellos son los titulares de la acción de responsabilidad. Independientemente de esta exigencia legal, el damnificado puede accionar a través de un representante.

En el caso que un hecho cause daño a varias personas, las pretensiones de las víctimas son independientes una de otras, y cada uno de los damnificados que reclame podrá exigir la reparación razonable con el propio daño. Ahora bien, en el supuesto que accionen todos juntos la indemnización no se distribuye sino que se atribuye a cada cual la que exclusivamente le corresponde por su daño, las indemnizaciones no son créditos solidarios ni indivisibles, al contrario son autónomos.

- El daño debe ser cierto: Este requisito del daño, tiene en cuenta la individualización y su existencia concreta. Cuando se reclama un daño, éste debe tener el carácter de real y efectivo. El principio que rige es el que interés es la medida de la acción. expresa que la razonabilidad no consiente en tener pretensiones abusivas y caprichosas por parte de la víctima.

- El daño debe subsistir: El daño debe permanecer resentido al momento de la reparación, significa que no haya sido resarcido por el obligado a hacerlo. El daño pasado subsiste si aún no ha sido indemnizado También subsiste cuando la víctima es desinteresada por un tercero a quien se le transfiere la titularidad de la acción resarcitoria como por ejemplo, pago con subrogación, seguro de responsabilidad por daños, etcétera (Zabala de González, 1999).

2. El Daño

2.1. Concepto:

Se define al daño como todo detrimento o menoscabo del acervo patrimonial o moral de una persona (Zabala de González, 1999).

El artículo 1.068 de Código Civil dispone que “habrá 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”.

2.2. Tipos de Daño

El daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial (moral). El daño moral de acuerdo a nuestro codificador es la modificación, menoscabo o disminución disvaliosa de la potencia de las personas en su dimensión espiritual, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, sentir o querer, que afecta su modo de ser o estar (Bertoldi de Fourcade, 1996).

A diferencia del daño que recae sobre los derechos subjetivos se encuentra el daño que lesiona los derechos patrimoniales. Este tipo de daño

tiene en sí mismo valor pecuniario, el perjuicio es apreciable per se en dinero. A demás, el daño patrimonial esta compuesto por dos elementos que son el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente es el perjuicio efectivamente sufrido y el segundo compendio es la traducción de la frustración de ganancias o pérdidas de provechos o beneficios esperados (Bustamante Alsina, 1997).

2.2.1. Daño moral

A diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial que lesiona lo que la persona tiene, el daño moral lesiona lo que el sujeto es, éste tipo de lesión afecta a la vida, la dignidad de las personas y su integridad espiritual y social (Zabala de González, 1999).

La doctrina actual (Bertoldi de Fourcade, 1996; Venica, 2007; y Bustamante Alsina, 1997) relaciona al daño moral con todo aquello que esté dentro de la órbita sensitiva de la persona, aunque no haya dolor.

El daño moral implica un defecto existencial en relación a la situación subjetiva de la víctima antes del hecho dañoso (Zabala de González, 1999).

Mientras el daño patrimonial se evalúa en función del resultado de la acción dañosa, el daño moral se estima por la entidad del interés extrapatrimonial afectado, vale decir por el menosprecio que la actividad dañosa en si misma denota a la persona (Zabala de González, 1999).

Dependiendo del caso, el daño moral tiene diferentes dimensiones, ello responde a la individualización del daño de acuerdo a las circunstancias particulares de la víctima (Zabala de González, 1999).

2.2.1.1. Clasificación del daño moral

El daño moral es directo cuando se lesionan inmediatamente bienes o intereses personalísimos o los atributos del sujeto. En cambio es indirecto cuando el daño deriva de la lesión a bienes patrimoniales (Bustamante Alsina, 1997).

No existen dudas acerca del resarcimiento del daño moral directo, en otra situación se encuentra el resarcimiento del daño moral indirecto, éste sólo es resarcible en aquellos casos en que el sujeto tenga un interés espiritual en el goce de un bien patrimonial (Zabala de González, 1999).

Esta diferencia entre el daño moral directo e indirecto, nada tiene que ver con los damnificados directos e indirectos que pueden existir, el daño moral tiene en cuenta la naturaleza del bien objeto de la agresión, la calidad de damnificado directo o indirecto está dada por el sujeto que padece el daño, o sea si es la víctima inmediata u otra persona (Bustamante Alsina, 1997).

Los legitimados para reclamar el resarcimiento del daño moral son aquellos titulares de la acción (Bustamante Alsina, 1997).

La legislación actual, ha limitado a los legitimados para reclamar el daño moral, estableciendo en el segundo párrafo del artículo 1.078 del Código Civil que “la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Como regla general solo puede accionar el o los damnificados directos, es decir la víctima inmediata del hecho, sólo si se produce la muerte de la víctima, estarán legitimados los damnificados indirectos, que son los herederos forzosos (Bustamante Alsina, 1997).

En cuanto a los fundamentos para indemnizar el daño moral hay una postura que apoya la idea de que existe una inmoralidad cuando la víctima realiza un reclamo pecuniario de la aflicción que ha sufrido, sería como poner un precio al dolor, negociar con las lágrimas de la víctima a cambio del dinero del responsable (Zabala de González, 1999).

Enfrentada se encuentra la postura que refuta la teoría antes mencionada al decir que el resarcimiento dinerario del daño moral no significa materializar los intereses espirituales, sino que sería espiritualizar el derecho, ya que éste no limita la protección a los intereses pecuniarios, y brinda una protección a bienes de naturaleza no económica los que son inherentes a la persona humana (Zabala de González, 1999).

La indemnización del daño moral no es imposible ni arbitraria, por el contrario es imperfecta y deficiente, ello responde a la naturaleza de los intereses espirituales dañados y del dinero con que ese perjuicio se indemniza, y el dinero cumple una función de satisfacción como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales (Zabala de González, 1999).

Si nos referimos a la prueba del daño moral, el damnificado que lo reclama deberá probar su existencia. Bustamante Alsina (1997) manifiesta en su obra que para probar la existencia del daño moral, no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá valorar y apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer de manera objetiva el agravio moral que dice haber sufrido. Está claro que es prácticamente imposible demostrar el daño moral mediante el aporte de prueba directa dado que el mismo reside en lo más íntimo de la personalidad de la víctima.

Respecto de la cuantía del daño moral, por la naturaleza del mismo, éste no es susceptible de ser apreciable en dinero, debido a esto es que es compleja la forma de valuarlo económicamente, es por eso que normalmente hay que recurrir a un criterio de razonabilidad intentando acercar su valuación equitativamente a la realidad del perjuicio. Nuevamente será el juez el que deberá verificar la existencia del daño y realizar una evaluación objetiva en abstracto con el límite de lo reclamado en la demanda entablada, entonces es la persona del juez la que debe realizar una valoración objetiva para fijar su compensación en dinero (Bustamante Alsina, 1997).

La apreciación del daño moral deberá hacerse con total independencia de la cuantía del daño material que pudiera existir, ya que los valores perjudicados son de carácter espiritual y extrapatrimonial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que para fijar el daño moral debe tenerse en cuenta su carácter resarcitorio y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño patrimonial (Bustamante Alsina, 1997).

2.2.2. Daño patrimonial

El daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, es el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, es decir que el daño patrimonial es medible en dinero lo que no implica imperiosamente que el resarcimiento sea dinerario, siendo en algunos casos posible la reparación en especie por vía de la reposición de las cosas a su estado anterior (Bustamante Alsina, 1997).

Con absoluta independencia de los bienes perjudicados, el daño patrimonial persigue como esencial la repercusión económica de la lesión, que

consiste en un menoscabo apreciable de forma pecuniaria, cosa que no ocurre forzosamente en el daño moral (Bustamante Alsina, 1997).

El artículo 1.068 del Código Civil nos da un concepto claro sobre el daño patrimonial al establecer que “habrá daño patrimonial 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”.

2.2.2.1. Clasificación del daño patrimonial

De acuerdo a la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de los derechos lesionados se puede distinguir entre el daño patrimonial directo o indirecto.

El artículo 1.068 de nuestro Código Civil, determina que el perjuicio puede afectar el patrimonio de manera directa en las cosas o bienes que lo conforman, o de manera indirecta como reflejo económico mediato de la lesión a intereses extrapatrimoniales.

Específicamente, el daño patrimonial se clasifica en:

- Daño emergente: Es la disminución o privación de los bienes integrantes del acervo patrimonial, es un perjuicio concreto y efectivo, hay un empobrecimiento económico, un egreso de valores (Zabala de González, 1999).
- Lucro cesante: Es la reducción de beneficios materiales que se podrían haber logrado de no ocurrir el hecho dañoso, son las ganancias que se pierden, existe una frustración de un aumento patrimonial previsible (Zabala de González, 1999).

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados o futuros, si se presentan como pasados, son los daños que se refieren a gastos efectuados o ganancias frustradas antes del reclamo interpuesto, y son futuros si las pérdidas han de producirse o continuarán más allá de la sentencia del juicio entablado (Zabala de González, 1999).

Ambos (daño emergente y lucro cesante) deben ser ciertos. Respecto al daño emergente no existe problema alguno, pero cuando nos referimos al lucro cesante la certidumbre es siempre relativa, porque comprende el perjuicio probable aunque no sea infalible. Ahora bien, el lucro cesante se considera cierto cuando las ganancias debían lograrse por la víctima con la probabilidad que el hecho no hubiera ocurrido; no es una mera posibilidad, pero tampoco es plena seguridad en que hubiera obtenido esas ganancias reclamadas, es así que se trata de una probabilidad objetiva, siempre por supuesto de acuerdo con las circunstancias del caso (Zabala de González, 1999).

La determinación del artículo 1.083 del Código Civil indica que “el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosa a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

Como regla general, en la reparación de los daños patrimoniales opera la reparación in natura del daño sufrido, puesto que lo que se busca es volver las cosas al estado anterior, y solo en caso de no ser posible debe acudirse a la reparación dineraria (Bertoldi de Fourcade, 1996).

Conclusión:

En el presente capítulo se quiso dar una breve introducción a lo que significa abordar el extenso tema de la responsabilidad civil, partiendo del tópico de que no hay responsabilidad sin daño, siendo de elemental importancia comprender que según la causa fuente de la obligación de responder, se estará frente a un sistema de responsabilidad contractual o extracontractual como primer medida.

Haciendo una marcada descripción acerca de lo que es el daño, y que no cualquier daño genera la obligación de indemnizar, sino aquel injustamente causado o sufrido, se ha dejado de resalto que la reparación del daño tiene una función resarcitoria y no sancionatoria como en los tiempos de la sanción del Código Civil Argentino, poniendo de relieve que la mirada se centra en la víctima y no en el victimario, que del daño injustamente causado se pasó al daño injustamente sufrido, es recién a partir de este momento que se puede hablar de daño resarcible

Por lo que necesariamente una vez sentadas estas cuestiones es cuando recién se puede ahondar en las diferentes clases de daños, según la lesión recaiga sobre bienes o intereses patrimoniales (daño patrimonial) o sobre bienes o intereses extrapatrimoniales (daño moral), pudiendo de esta manera entender acabadamente acerca de sus requisitos de existencia, la procedencia de los mismos, los rubros que abarcan, los legitimados para reclamarlos, como la forma de indemnizarlos.

CAPITULO III.

RESPONSABILIDAD CIVIL

DERIVADA DEL DIVORCIO

La tendencia general de la doctrina ha sido la de rechazar, o por lo menos la de limitar la posibilidad de reclamar daños dentro de un divorcio vincular; lo que se ha llamado la improcedencia del resarcimiento de daños en el divorcio, o sobre todo la improcedencia del resarcimiento de los perjuicios ocasionados por quebrantamiento del vínculo material del matrimonio.

Lo que se cuestiona al margen de la aplicación, es sí se debe otorgar estos mecanismos resarcitorios propios de la responsabilidad extracontractual, al ámbito del derecho de familia (Ferrer, 1996).

Lo cierto es que la naturaleza de la relación matrimonial sustentada en vínculos afectivos, implica que no sean frecuentes los litigios de éste tipo entre cónyuges, de reclamar daños morales producidos por el divorcio, salvo cuando se tratare de conductas delictivas entre los cónyuges.

Si el divorcio incoado definitivamente extingue el vínculo matrimonial, la posibilidad de admitir una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de dicho divorcio, es aún más cuestionada por la opinión generalizada, ello obedece a que los mecanismos propios del derecho de familia procuran en primer lugar salvar al matrimonio.

Respecto de la procedencia de la indemnización de los daños morales en un divorcio vincular, no se puede negar que ya desde hace tiempo, tanto en la doctrina (Belluscio, 2006; Zannoni, 2006) como en la jurisprudencia, cada vez son más frecuentes las opiniones a favor de admitir la presencia del derecho de daños en el ámbito propio del derecho de familia.

Como dato estadístico se mencionan algunos ordenamientos que si poseen legislación específica, concreta y escrita al respecto de la procedencia de la reclamación de daños y perjuicios ocasionados por el divorcio en sí mismo, tal es el caso de Francia o Portugal, donde se admite la posibilidad de que el cónyuge a quien el divorcio le haya causado un perjuicio pueda solicitar del cónyuge que directamente ocasionó la extinción del vínculo matrimonial el resarcimiento del daño padecido. En estos casos lo que se indemniza son los daños tanto patrimoniales como morales originados por el divorcio en sí mismo considerado.

En Francia la ley de reforma del divorcio, Ley nº 75-617, consagró en su artículo 266 del Código Civil Francés el derecho del cónyuge a ser indemnizado por las consecuencias dañosas que le haya ocasionado el divorcio.

En Portugal desde el año 1.977 y hasta la reciente reforma efectuada por la Ley Nº 61/2008, el artículo 1.792 del Código Civil Portugués se contempla una indemnización por los daños morales ocasionados como consecuencia del divorcio a favor del cónyuge inocente, disposición que se aplicaba igualmente a la separación legal (Artículo 1.794 Código Civil Portugués).

En el caso portugués, la norma se limita a conceder el resarcimiento de los daños morales, distinguiéndose también en el hecho de que aquella podía ser invocada en cualquier variante de divorcio litigioso. De hecho, en lo que se refiere al concepto de culpa en el divorcio, el derecho del país portugués prescribe la obligación del juez de determinar quién era el culpable de la

ruptura, aun tratándose de divorcio por causas objetivas, lo que así permitía aplicarle las consecuencias correspondientes. Incluso en el caso de divorcio por alteraciones mentales del cónyuge, y por tanto con total ausencia de la idea de culpa, se admitía el resarcimiento de los daños morales causados por la disolución del matrimonio. Entonces, para que proceda el reclamo de los daños producidos por un divorcio, el cónyuge lesionado deberá probar que el perjuicio resultante del mismo es una consecuencia directa del comportamiento culpable del otro cónyuge, y que tal comportamiento culpable se manifiesta por la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, lo que de hecho, constituye causa de divorcio.

Distinto es la normativa vigente en la República Argentina, donde el fundamento de la procedencia del reclamo indemnizatorio por los daños morales derivados de los hechos ilícitos constitutivos de causales de divorcio, radica en el agravio sufrido por la víctima del daño, en el avasallamiento de sus derechos individuales, independientemente de la relación matrimonial que lo vincula con el agente dañoso (Sambrizzi, 1999).

1. Posiciones Doctrinarias

La procedencia de la indemnización tanto material como moral en materia de divorcio a favor del cónyuge inocente es un tema controvertido, tanto así que la doctrina se encuentra dividida al respecto.

Se trazaron dos corrientes doctrinarias en torno a la cuestión, una a favor: Tesis Positiva; y una que niega la indemnización de los daños morales en un divorcio: Tesis Negatorias.

Analizaremos entonces los dos planteamientos que han sido elaborados por la doctrina de nuestro país al respecto de la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios en un divorcio.

1.1. Tesis Negativa

Tal cual indica su nombre esta tesis no admite la responsabilidad civil derivada del divorcio.

Los argumentos en los que se sustenta esta posición de la doctrina se reducen a la incompatibilidad que existe entre una acción por daños y el derecho de familia.

Los defensores de esta tesis como Borda, afirman que no se debe ni se puede atribuir a uno solo de los cónyuges el fracaso del matrimonio, por cuanto las desventajas de una pareja proceden de manera bilateral.

El mismo autor se refiere a que sería absurdo sancionar un mismo hecho dos veces al mismo responsable, debido a que la reparación del daño se da en la cuota alimentaria, que debe satisfacer el esposo declarado culpable a favor del inocente.

Santos Cifuentes manifestó que el régimen de sanciones que reglamenta el divorcio es autónomo, admitiendo una excepción; supuesto en que los hechos que dieron lugar al divorcio tuvieran fuerza dañadora muy punzante, ya sea en el prestigio y en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico del otro cónyuge (Zanonni, 2006).

Borda (1993), por su lado expone que en virtud del principio del derecho de familia, no se puede tratar la culpa en el divorcio con el mismo

criterio con el que se juzga en todo daño del derecho propiamente patrimonial.

A la vez, Borda (1993) advierte que en general, la culpa en el divorcio es de ambos cónyuges y puede ocurrir que el juez encuentre culpable solo a uno de ellos, por lo cual y en razón de que a su juicio la reparación ya resulta del derecho por parte del cónyuge inocente a percibir del otro alimentos, así como también a seguir ocupando el inmueble que fue el asiento conyugal e impedir que el mismo sea disuelto y liquidado.

Dado esto, no se puede añadir a ello otras reparaciones no contempladas en la ley, lo cual sería abusivo (Borda, 1993).

1.2. Tesis Positiva:

En este punto atenderemos a la tesis opuesta a la desarrollada supra, analizando las razones en la que se fundamenta la afirmación a la procedencia de la responsabilidad con relación al divorcio vincular.

Para esta parte de la doctrina argentina resulta indudable que el divorcio puede engendrar perjuicios materiales y morales graves para el cónyuge inocente. Lo más importante es que se pone en manifiesto que además de la violación de un deber legal, existe un autor consiente y responsable, por lo que si ocasiona un daño ingresa en el concepto de acto ilícito; además no existe ninguna limitación legal en la responsabilidad aquiliana, la cual afirma que si existe un daño material o moral el mismo es susceptible de ser reparado.

Esta tesis deja en claro que no se intenta lucrar de esta manera con la desgracia sino se persigue reparar el daño ocasionado a raíz de un divorcio, que no estaba en vista de las partes al momento de contraer matrimonio.

La reparación del daño, y la aplicación de los principios de la responsabilidad civil, procede en todos aquellos casos en los que se presenten los elementos de esta figura jurídica, independientemente que se trate o no del derecho de familia (Zannoni, 2006).

La responsabilidad civil por los daños relacionados al divorcio atiende a los hechos que provocan la ruptura, a las causales en que se fundan o al divorcio vincular en sí, con total independencia de la gravedad de los hechos.

A favor de esta tesis encontramos autores como Belluscio (1987), quien nos enseña en su obra más reciente, que siempre que los hechos que den lugar al divorcio, que en si mismo constituyen un acto ilícito que ocasionen un daño al otro cónyuge, corresponde la indemnización de dicho daño causado.

También Zannoni (2006), manifiesta que a fin de determinar la reparación de este tipo de daños, debe partirse del principio general en materia de responsabilidad civil contenido en el artículo 1.109 del Código Civil y concordantes.

Dicho autor afirma que las causales de divorcio revisten carácter de hechos ilícitos, en tanto que implican la violación de los deberes matrimoniales

La opinión de la doctrina mayoritaria (Belluscio, 2006; Zannoni, 2006) respecto de la procedencia de la reparación de los daños dentro del divorcio

vincular, se inclina por la tesis positiva, que admite la reparación del daño tanto material como moral causados por el divorcio; concibiendo que la conducta dolosa como culposa de uno de los cónyuges en violación de una disposición legal, tiene una relación adecuada de causalidad con el daño causado al otro cónyuge, en consecuencia debe resarcirse (Zanoni, 2006).

2. Daños derivados del divorcio

2.1. Fundamentos del deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio vincular

El asunto radica principalmente en determinar cuál es el límite de dar reparación al daño producido dentro de un divorcio vincular, es decir, si dentro de un divorcio se deben indemnizar el daño consecuencia del hecho que así lo determinó y el daño ocasionado por el divorcio en sí.

En cuanto a los daños que puede generar el hecho mismo que provocó el divorcio entre los esposos, nos enseña Cifuentes que sí se debe indemnizar el daño extrapatrimonial generado por la conducta antijurídica que originó el divorcio, lo que el mismo autor denomina como la conducta productora del divorcio (Zanonni, 2006).

La cuestión no se trata de un efecto resarcitorio del divorcio, sino de una indemnización por los actos ilícitos que determinaron el divorcio entre los esposos, la ausencia de normas particulares en materia de divorcio vincular no puede obstar a un resarcimiento que si bien tiene conexión circunstancial con ese divorcio, en realidad se correlaciona con el acto ilícito que condujera a su declaración. En orden a los aspectos resarcitorios

concatenados con los actos ilícitos que desencadenaron el divorcio, la regulación debe captarse en los principios generales de la responsabilidad civil (Belluscio, 2006).

Ahora bien, si la cuestión es determinar si es procedente la reparación de los daños extrapatrimoniales que ocasiona en sí mismo el divorcio, o sea si la angustia y el sufrimiento que padece el cónyuge inocente a consecuencia del divorcio deben indemnizarse, Cifuentes expone que las secuelas que deja un divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges, lo que la mayoría de los autores señalan como la frustración de un proyecto de vida sustentado en la familia. El cónyuge divorciado pierde la compañía y asistencia espiritual del otro, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; etcétera (Zanonni, 2006)

La doctrina y la jurisprudencia argentina distinguen entre los daños originados por los hechos constitutivos de las causales de divorcio y los daños y perjuicios derivados del divorcio (Venica, 2007).

Si bien hay acuerdo sobre admitir el resarcimiento de los daños en materia de divorcio vincular, hay que diferenciar si los daños causados son por los hechos que motivaron al divorcio o son daños derivados del divorcio en sí mismo.

Para una parte de la doctrina la ley ha previsto el resarcimiento de los daños ocasionados por la sentencia judicial de divorcio vincular, a través de la prestación alimentaria establecida en el artículo 207 del Código Civil. Por ende el divorcio en sí mismo no configura un ilícito que genere obligación de reparar daños, sino las causas que lo provocan.

Otros importantes autores como Bustamante Alsina (1997), realiza una distinción en si la acción resarcitoria se promueve de manera acumulativa con la acción de divorcio o posterior a la sentencia que decreta el divorcio vincular. En el primer supuesto este autor indica que la sentencia de divorcio vincular no podrá contener condena en relación a los daños que causaría el divorcio en sí mismo, porque se tratan de perjuicios eventuales que se producen después de decretado el divorcio vincular.

En cambio, si los daños se reclaman después de la sentencia judicial de divorcio vincular, sería viable dicha indemnización, cuando los daños ocasionados por el divorcio hayan adquirido certeza (Zanonni, 2006).

La doctrina mayoritaria acepta la procedencia del resarcimiento de los daños ocasionados por el divorcio, ya que la misma, entiende que los alimentos establecidos en el artículo 207 del Código Civil son de carácter asistencial, y otros opinan que es de carácter sancionatorio por estar establecido como sanción al cónyuge culpable del divorcio.

2.2. La influencia de la culpabilidad

El cuerpo normativo vigente regula un régimen dual de responsabilidad: la contractual y la extracontractual.

La jurisprudencia argentina en su mayoría se inclina por admitir el carácter de extracontractual de la responsabilidad que se origina en los divorcios, de acuerdo a lo expuesto por Zanonni (2006) en la acción de daños derivados de los hechos que han dado lugar al divorcio se aplican las normas de responsabilidad extracontractual.

Si apuntamos al presupuesto de la antijuridicidad, no hay dudas que los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones antijurídicas, porque los mismos violan los deberes jurídicos legales que se asumieron libremente por cada uno de los esposos al contraer matrimonio.

La relación de causalidad cumple una doble función: primero, aparece vinculada directamente a la conducta dañosa, recordemos que la autoría no puede concebirse aislada del daño, hay un punto de contacto entre la conducta y el daño que permite atribuir la autoría. En segundo plano, la relación de causalidad permite conjugar la reparación del daño, atribuyéndole al autor responsabilidad por las consecuencias que son atribuibles a su conducta antijurídica.

El factor de atribución, sería casi de manera imperativa la culpa. Zanonni (2006) expresa en su obra que en los divorcios solo podrán pretenderse los daños y perjuicios cuando se trate de divorcios con atribución de culpas, y no en aquellos divorcios donde no hay atribución de culpa, mucho menos aun en los que devienen de una presentación conjunta.

Además, Cifuentes afirma que sólo correspondía hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios derivados del divorcio cuando los hechos que llevaron al mismo tenían una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, provocaban una lesión al bien extrapatrimonial que debía ser compensada con carácter autónomo.

Tan reconocido autor entiende que para hacer lugar a la reparación el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque,

que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras. Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de mayor intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad (Zanonni, 2006).

3. Daño moral en el divorcio

Dentro de la clasificación del daño, el daño moral es el que mayor relevancia posee en materia de divorcio vincular, debido a que vulnera los sentimientos de las personas.

Todos los supuestos establecidos en el Código Civil como causales subjetivas de divorcio vincular, son susceptibles de ocasionar daños morales (Zanonni, 2006).

La eventualidad de haberse decretado el divorcio, atribuyendo culpa a uno de los cónyuges respecto a la comisión de alguna de las causales previstas por la ley, no es suficiente por si sola para generar derecho a la indemnización del daño moral a favor del inocente, cuya procedencia únicamente puede ser analizada a través de la evaluación exhaustiva de los hechos que lo ocasionaron (Zanonni, 2006).

Las causales de divorcio vincular estipuladas por el Código Civil, resultan válidas para el reconocimiento del daño moral. El carácter resarcitorio del daño moral, reconoce la lesión a los intereses patrimoniales pero no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí misma. La cual si puede acarrear daño psicológico para el cónyuge inocente.

El artículo 1.067 del Código Civil, indica que para que exista responsabilidad debe haber un daño, ya que sin él no hay acto ilícito punible (Artículo 1.067 del Código Civil).

Bustamante Alsina (1997) expone que el daño producido por un acto ilícito para que sea resarcible ha de ser cierto, no eventual, y subsistir en el momento que se lo computa, en otras palabras, serán indemnizables todos los daños morales y materiales.

En cuanto a los daños materiales, la legislación actual estipula que se pueden reclamar dentro de un divorcio vincular, lo gastado por el cuidado de los hijos.

El más común de los daños materiales reclamados en los divorcios, es la disolución anticipada de la sociedad conyugal, sobre todo si existen bienes gananciales que son de propiedad del cónyuge inocente (Zanonni, 2006).

- Daño Moral

Se examinarán algunos supuestos especiales con el fin de averiguar sí, en principio, originan daño moral. Por ejemplo:

- ✓ Pérdida de la chance matrimonial: A partir de la vigencia de la ley 23.515, que permite la disolubilidad del vínculo y restablece la habilidad nupcial luego del divorcio, tal daño (perdida de chance matrimonial) no se da, esto debido a que no existe un impedimento legal para volver a contraer matrimonio.

Si es posible que en algunos casos de divorcio vincular, alguno de los ex esposos, tenga menos posibilidades de restablecer un vínculo con otra persona, debido a su edad y/o a sus condiciones de salud, etcétera, pero esta circunstancia deberá ser demostrada en particular, al igual que su relación de causalidad adecuada con el divorcio, para que tenga el peso de poder ser considerada como un daño indemnizable.

✓ Daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos: El cónyuge inocente va a sufrir más daño moral por el divorcio si tiene hijos (sobre todo menores) que si no los tiene. Sufrirá al ver cómo sufren ellos, cómo quedan y se sienten desamparados, sin un hogar bien constituido, etcétera. Este dolor es un daño moral para el cónyuge inocente que éste experimenta a causa del daño al hijo. El cónyuge agraviado, una vez que pruebe ante el juez estas circunstancias, podría demandar que se lo indemnice por el daño moral que le causa el ver a sus hijos desamparados a consecuencia del divorcio.

La norma jurídica vigente no permite reclamar daño moral al damnificado indirecto cuando la víctima del daño directo no muere, pero cabe traer a colación que en los últimos tiempos se viene produciendo una revisión de esta idea aparentemente hermética, justamente por su simpleza (Ferrer, 1996).

El artículo 1.079 del Código Civil admite la reparación de quien padeció por reflejo el perjuicio sufrido por el damnificado directo, pero cuando el daño implicado es el daño moral, el artículo 1.078 dispone que "...La acción por indemnización del daño moral sólo competará al

damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

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

El Código Civil, en cuanto a la procedencia de la reparación de los daños morales en un divorcio vincular, posee un importante silencio u omisión al respecto del tema, pero jurisprudencialmente, en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el divorcio los magistrados dan cuenta de una clara voluntad de querer admitirla.

La doctrina y jurisprudencia de nuestro país agrega que hay que diferenciar el divorcio en sí mismo y la culpabilidad de los hechos que dieron lugar al divorcio vincular, y entonces, si los hechos que dieron lugar al divorcio y las conductas seguidas por el cónyuge culpable afectan al otro con una entidad tal que produzca una afrenta a la dignidad, al honor, y se prueban, corresponde otorgar la reparación por daño moral (Zanonni, 2006).

3.1. Pautas para su procedencia

Admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que este sea un efecto que necesariamente ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción, sino que solo cabrá otorgar una indemnización sólo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad (Belluscio, 2006).

La doctrina (Belluscio, 2006; Zannoni, 2006) y la jurisprudencia distinguen entre los daños originados por los hechos constitutivos del divorcio y los daños y perjuicios derivados del divorcio en sí, afirmando que el divorcio en sí mismo no puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios.

La inocencia es condición sine qua non para reclamar el resarcimiento por los daños sufridos por la violación de los deberes matrimoniales, por ello si ambos cónyuges resultan culpables del desquiciamiento matrimonial, la indemnización pretendida por uno de ellos, no es procedente.

No todas las conductas del cónyuge culpable hacen procedente el reclamo por daños en un divorcio vincular, sino que solamente ingresan dentro de la órbita resarcitoria aquellas acciones que implican auténticos agravios al otro cónyuge, es decir cuando se lesionan bienes extrapatrimoniales, lo que la pérdida del vínculo afectivo no puede dar cabida a la medida de este tenor (Belluscio, 2006).

Finalizando con la procedencia de la indemnización de los daños morales causados por el divorcio vincular, una pregunta clave será: ¿Es procedente la indemnización del daño moral cuando estamos frente a un divorcio vincular?

Si bien debiera ser posible obtener una reparación por daño moral cuando uno de los cónyuges es víctima de un daño provocado por el actuar del otro cónyuge, es en nuestra legislación un tema aún más complejo, el hecho de insertar la procedencia de la indemnización de los daños morales en un divorcio ya que no existe en nuestra doctrina y jurisprudencia cordobesa

claridad respecto a cuál sería el tribunal competente para entender dichas causas de divorcio que contengan una pretensión pecuniaria al respecto.

Una vez decretado el divorcio vincular por sentencia firme atribuyendo la culpa a uno de los cónyuges respecto de la comisión de alguna de las causales previstas por la ley, la procedencia de la reparación del daño moral solo puede ser analizada a través de la evaluación concreta de los hechos que ocasionaron el divorcio (Belluscio, 2006).

Se aceptan para el sostén del reconocimiento del daño moral como válidas, el profundo dolor que causa en la psiquis del cónyuge el abandono del otro, y que el mismo se traduce en el proceso depresivo devenido como consecuencia de la separación de la pareja.

En líneas generales, sólo se otorgará la reparación del daño moral por los hechos que dieron lugar al divorcio cuando los mismos sean de gran magnitud, siempre que produzcan un agravio a los derechos extrapatrimoniales del cónyuge inocente y que los mismos sean manifiestos.

En cuanto a la prescripción de la acción de daños y perjuicios que resulten de un juicio de divorcio vincular la misma tiene dos años, comenzando a correr dicho plazo desde que la acción se encuentre firme, pues la prescripción entre cónyuges no corre mientras no se haya disuelto el matrimonio (Belluscio, 2006).

En los reclamos por los daños derivados de los hechos que han sido causa del divorcio tramitado entre las partes, el plazo prescriptivo es de dos años y comienza a correr desde que la acción se encuentre expedita, esto es desde que la sentencia de divorcio se encuentre firme, pues la prescripción

entre los cónyuges no corre sino se ha disuelto el vínculo matrimonial (Belluscio, 2006).

Conclusión:

La doctrina actual en nuestro país (Belluscio, 2006; Zannoni, 2006 y Borda, 1993) se encuentra ampliamente dividida en torno a la procedencia de los daños y perjuicios que puedan surgir de una causa de divorcio vincular. Un sector niega la posibilidad de que el divorcio en sí mismo pueda ocasionar daños y la posición mayoritaria insiste en que el daño moral causado por el divorcio vincular o por los hechos generadores del divorcio en sí, deben ser indemnizados.

El punto central de la discrepancia doctrinaria gira alrededor del daño moral dentro del divorcio vincular, siendo necesario examinar si el divorcio en sí mismo ocasiona daños y perjuicios, o si lo que origina el daño al cónyuge inocente son las causas que lo provocan. De esta manera afirmamos que será el mismo juez de la causa quien valorará además de la culpabilidad de los cónyuges si se configuran daños para ser resarcidos.

CAPITULO IV. ELEMENTOS PROCESALES

1. El proceso: Concepto

Ante la violación de un derecho no se acepta la justicia por mano propia, sino que es necesario recurrir al órgano jurisdiccional y solicitar su intervención para lograr la aplicación del derecho material a cada caso en concreto.

Desde que se pide la intervención de un juez, y hasta que el mismo dicte sentencia, se van realizando una serie de actos, llamados actos procesales, los cuales coordinados entre sí y de acuerdo a reglas preestablecidas, constituyen en su conjunto lo que se denomina proceso (Palacio, 2004).

La finalidad del proceso judicial es la realización del derecho material.

Palacios (2004), expresa que el proceso es el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual que se destina a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano del que han requerido la intervención.

2. Jurisdicción

La jurisdicción es la facultad para declarar el derecho y aplicarlo al caso concreto haciéndolo cumplir. La voz jurisdicción significa autoridad o poder para gobernar (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

La función jurisdiccional es aquella que el estado cumple por medio de sus poderes, especialmente el poder judicial, cuando administra justicia. Al poder judicial se le asigna la facultad de poder, para juzgar, conocer y ejecutar (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

Los elementos de la función jurisdiccional son los poderes que la jurisdicción tiene a su servicio para el cumplimiento de sus fines (Palacio, 2004).

La actividad jurisdiccional implica que ante toda controversia que se le presente al juez, el mismo tome conocimiento de la causa instruyéndose de los hechos y derechos y luego que emita su juicio mediante sentencia, y para el caso en que el condenado no cumpla con dicha sentencia, el poder jurisdiccional también comprende la ejecución forzada (Palacio, 2004).

Para que el juez pueda cumplir con todos los objetivos, la jurisdicción cuenta con elementos llamados poderes:

✓ Notio o Decisión: Es el poder que tiene el juez para aplicar el derecho al caso particular que se sometió a su decisión. En otras palabras es el poder del órgano jurisdiccional de conocer los términos del conflicto, los hechos alegados por las partes y las pruebas y elementos de juicio, reunidos en el proceso, que como contracara se traduce en el deber de sentenciar respetando el principio de congruencia.

✓ Vocatio o Imperium: Es el poder de la jurisdicción de convocar a las partes, de ligarlas a la cuestión procesal, sometiéndolas jurídicamente a sus consecuencias. A su vez la vocatio implica la facultad que tiene el juez para ordenar a la fuerza pública la ejecución de las resoluciones judiciales, es decir dar orden de ejecución.

Siguiendo una clasificación de la jurisdicción y de acuerdo al órgano que pueda ejercerla, la jurisdicción se clasifica en:

✓ Jurisdicción legislativa: Es el Poder Legislativo quien lleva a cabo esta jurisdicción cuando lleva a cabo juicios políticos.

✓ Jurisdicción administrativa: El Poder Ejecutivo realiza actividad jurisdiccional cuando actúan sus tribunales administrativos, por ejemplo los tribunales militares, etcétera.

✓ Jurisdicción judicial: Es la que ejerce el poder judicial, órgano al cual se le asigna esencialmente la actividad jurisdiccional. Esta jurisdicción judicial se puede dividir a su vez en nacional (federal) cuando la actividad jurisdiccional es ejercida en nombre de la nación y su campo de aplicación se extiende a toda la república y puede ser provincial, cuando la actividad jurisdiccional se ejercita con carácter local, o sea en la provincia, extendiéndose solo al territorio de la provincia.

A su vez también podemos dividir a la jurisdicción en:

✓ Propia: Cuando el juez actúa en una causa en virtud de facultades que le confiere la ley. El juez es competente para entender la causa.

✓ Delegada: Cuando el juez realiza algún acto en una causa pero por encargo de otro juez. El llamado auxilio jurisdiccional. El juez en estos casos solo debe limitarse a realizar lo pedido mediante oficio o exhorto por el otro juez.

Por último vamos a dividir a la jurisdicción en:

✓ Contenciosa: Se da cuando se ejercita la jurisdicción en casos donde hay controversia, litigio, contienda, partes opuestas.

✓ Voluntaria: Cuando se ejercita la jurisdicción en casos donde no hay controversias ni partes opuestas, sino que el juez se limita a dar autenticidad a un acto o a reconocer una situación de hecho.

✓ Jurisdicción contenciosa – administrativa: Es la que se da en causas donde el Estado como persona de derecho público lesiona intereses de los particulares. Este tipo de jurisdicción tiene por finalidad revisar las decisiones emanadas del estado como autoridad pública. Solo quedan excluidos de este control los llamados actos de gobierno, lo que se revisa por medio del poder judicial son los actos administrativos del estado (Palacio, 2004).

3. La competencia

3.1. Concepto:

Es la facultad de ejercer la jurisdicción, es decir la medida en la que se puede ejercitar la jurisdicción.

La competencia es el ejercicio de la jurisdicción por los jueces y tribunales, es el límite que la ley señala para el ejercicio de la jurisdicción a cargo de cada uno de los distintos órganos jurisdiccionales (Palacio, 2004).

Cuando surge un conflicto hay que determinar la competencia, si debe intervenir la justicia federal o la justicia ordinaria, luego se deberá determinar la competencia sobre las causas en razón de diferentes aspectos:

- ✓ En razón del lugar
- ✓ En razón de la materia
- ✓ En razón del grado

- ✓ En razón de la persona
- ✓ En razón del turno

La competencia federal queda definida en el artículo 116 de la Constitución Nacional cuando establece que “Corresponde a la corte suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, (con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional), y por los tratados con las naciones extranjeras...”

En todos estos casos la competencia será de la justicia federal, independientemente de donde se suscite el conflicto (Palacio, 2004).

La competencia ordinaria, existe cuando las provincias actúan. Si una causa versa sobre puntos regidos por alguno de los códigos mencionados en la Constitución Nacional (Código Civil, Comercial, Penal, De Minería y Del Trabajo y Seguridad Social) en principio tendrán competencia los tribunales provinciales, salvo que por características de las cosas o personas que son parte del conflicto deba intervenir la justicia federal (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

3.2. Clasificación de la competencia

La competencia atribuida a cada uno de los jueces se determina teniendo en cuenta diversos aspectos:

- ✓ Competencia por razón del territorio: Cuando el legislador atribuye a un órgano judicial competencia en razón del territorio o demarcación judicial a la que pertenece su sede, lo hace atendiendo la menor

dificultad que representa para los justiciables el litigar ante el juez más próximo a sus domicilios, o donde está situada la cosa litigiosa o a donde es más fácil acceder a las fuentes de prueba.

Cuando la ley dice que será competente el juez del lugar estamos frente a la competencia territorial.

De acuerdo al artículo 1° del Código Procesal Civil de Córdoba, la competencia es improrrogable, solo por excepción la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales se puede prorrogar, esto significa que de común acuerdo las partes pueden someter la cuestión al juez del lugar que deseen (artículo 2 del Código Procesal Civil de Córdoba). El artículo 6 del Código Procesal Civil de Córdoba establece las reglas generales que establecen cual es el juez competente en cada caso.

✓ Competencia en razón de la materia: Cuando la legislación asigna competencia en razón de naturaleza jurídica de la materia justiciable, lo hace atendiendo a la especialización del juez. Entonces, la ley entre los jueces del mismo territorio establece distintas competencias según el tipo de asuntos que están a cargo de ellos. Así se distinguen los fueros, como por ejemplo el fuero civil.

✓ Competencia por razón del grado: el legislador puede optar por atribuir a un órgano judicial el conocimiento originario y exclusivo de ciertas causas o asuntos, o bien que el conocimiento de las causas pueda ser por grados, es decir en sucesivas instancias. La norma vigente sigue el principio de instancia múltiple cuando asigna competencia, es decir que una misma causa puede ser examinada sucesivamente por tribunales de distinto grado.

En consecuencia se organiza la doble instancia y en algunos casos la triple instancia. La primera instancia corresponde a un juez unipersonal, el cual conoce el asunto, realiza el proceso y dicta sentencia (primer grado de conocimiento). La segunda instancia se da mediante la interposición de recursos, por ejemplo la apelación, el asunto puede ser llevado ante la cámara de apelaciones, la cual conocerá el caso y luego de revisar la sentencia, la aprobará o la desaprobará (segundo grado de conocimiento). Y la tercera instancia es por excepción, se da cuando los casos se llevan a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual revisa las sentencias anteriores (conocimiento de tercer grado).

✓ Competencia por razón del valor: Depende del monto reclamado en la demanda.

✓ Competencia por razón del turno: Es una simple división del trabajo que existe dentro de los tribunales o juzgados competentes. Está claro que es un asunto de organización más que un asunto de competencia (Palacio, 2004).

4. Reglas de la competencia territorial

La regla general de la competencia es la improrrogabilidad, es decir que la competencia no es prorrogable mediante acuerdo entre las partes, no está permitido por la ley.

El artículo 1° del Código Procesal Civil de Córdoba, establece que la competencia territorial es excepcionalmente prorrogable por las partes en asuntos puramente patrimoniales. Esa prórroga de competencia territorial debe

hacerse de acuerdo a los artículos 2° y 3° del mismo cuerpo legislativo (Palacio, 2004).

Mientras que la prórroga de competencia es un acto que corresponde a las partes, la delegación de competencia está relacionada con el magistrado que debe intervenir.

Del mismo modo que en el proceso no es admisible la prórroga de la competencia (salvo la territorial en asuntos patrimoniales como excepción) tampoco está permitida la delegación de la competencia de un juez a otro, ni de los tribunales superiores a los inferiores. De manera que la competencia es siempre indelegable. Ahora bien, la competencia si admite la delegación, o sea la encomienda de un juez al otro. Esto no significa transferir la competencia sino que significa requerir la colaboración a otro juez para la ejecución de un acto particular (artículo 8° del Código Procesal Civil de Córdoba).

4.1. Excepciones a la regla de competencia

La ley admite que en ciertos casos, un juez que sería originariamente incompetente conforme a las reglas generales para el reparto de causas judiciales, adquiera por motivos especificados en la disposición legal, competencia para conocer en uno o más procesos.

Dicha situación de cambio de la competencia por imperio legal, cuando la competencia que originariamente correspondería a un juez pasa a otro no por la voluntad de ambas partes sino porque la ley lo ordena, se denomina desplazamiento de la competencia (Palacio, 2004).

Las razones que provocan el desplazamiento de competencia son:

✓ La Conexidad: Se da cuando dos o más causas son conexas entre sí, es decir que tienen en común dos de sus tres elementos de identificación (sujetos, objeto y causa).

El artículo 7° del Código Procesal Civil de Córdoba establece una serie de reglas especiales que nos marcan el desplazamiento de la competencia por conexidad.

✓ El Fuero de atracción: Consiste en que todas las acciones patrimoniales que se inciden en contra de una parte (salvo excepciones establecidas) se deben tramitar ante el mismo juez que entiende en el proceso universal. Esta situación se da en los supuestos de procesos universales, como lo son los procesos sucesorios, y los de concurso y quiebras.

✓ Recusación y excusación: La recusación como la excusación de los jueces también produce un desplazamiento de competencia.

5. Conflicto de competencia.

Los conflictos de competencia se presentan cuando dos jueces se declaran competentes o incompetentes para conocer el mismo asunto. El primero es el llamado “conflicto positivo” y el segundo es el “conflicto negativo de competencia”.

La competencia territorial se puede prorrogar y puede ser cuestionada por las partes en el proceso no solo como excepción, que es un medio de defensa donde proceden también otros factores, sino también mediante la inhibitoria del juez siempre que se plantee dentro del plazo, una vez recibido el exhorto de notificación.

Se trata de:

- ✓ Conflicto de competencia positivo
- ✓ Conflicto de competencia negativo

5.1. Conflicto de competencia positivo

Existe cuando el demandado una vez que ha sido notificado de la demanda, (admitida y procedente) acude ante el juez que considera competente para tal caso y le solicita que promueva la inhibitoria del juez que ha ordenado notificándolo de la demanda.

- ✓ Trámite que corresponde a la inhibitoria.

El pedido de inhibitoria deberá ser formularlo dentro de cinco días del emplazamiento, más el término de la distancia y fundamentando su petitorio de inhibitoria, y deberá adjuntar los medios probatorios pertinentes al caso (Ferreya de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

De acuerdo con el Código Procesal Civil, el juez puede rechazar de pleno la inhibitoria si ésta ha sido formulada fuera de plazo, es decir cuando es extemporánea.

De ser admitida la inhibitoria por el pretendido juez a quien el demandado acude, se tramita de la siguiente forma:

- Oficio al juez que conoce del proceso y le solicita que se inhíba
- En el oficio le pide la remisión del expediente que incipientemente está tramitándose.
- Le incluye en el oficio copia certificada del escrito del litigante que solicita la inhibitoria y que él ha admitido por considerarla procedente.

El juez que conoce en la causa, que la califico preliminarmente y admitió la demanda, al enterarse del petitorio de inhibitoria, tiene que hacerle conocer ello al demandante, pero además debe disponer la suspensión del proceso que está todavía incipiente.

En este estado, dependerá del allanamiento del demandado o su persistencia, y a la vez que tenga que ser dirimida la competencia por la Corte Superior o por la Corte Suprema en su caso (Ferreira de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

5.2. Conflicto de competencia negativo

Este conflicto de competencia se da en los casos en que se produce declaración de oficio por parte del tribunal de su incompetencia, este conflicto negativo abarca no solo al criterio o factor territorio, sino a la inhibitoria de oficio por razón de materia y cuantía (Palacio, 2003).

6. Cuestiones de competencia

Hay cuestiones de competencia cuando se le desconoce al órgano judicial, sea por alguna de las partes o por otro órgano judicial, la potestad de intervenir en un determinado proceso. En ambos supuestos, dichas cuestiones pueden o no engendrar conflictos de competencia, situación está que se produce, cuando dos jueces entienden que son competentes para conocer en determinada causa (conflicto de competencia positivo) o al contrario, dos jueces entienden que no son competentes para conocer determina causa (conflicto de competencia negativo).

Las partes, para plantear esta cuestión de competencia, tienen dos vías procesales habilitadas: la declinatoria y la inhibitoria (Palacio, 2004).

Una vez elegida una de las dos vías procesales mencionadas, no podrá adelante recurrirse a la otra, así lo dispone el artículo 9° segundo párrafo del Código Procesal Civil de Córdoba.

6.1. Declinatoria:

Mediante la declinatoria se pide por el demandado al mismo juez de la causa que expida un pronunciamiento negativo acerca de su competencia, y por lo tanto que se abstenga de seguir interviniendo en el proceso (Ferreira de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

Como regla, solo pueden las partes plantear la cuestión de competencia por vía declinatoria, es decir por la excepción dilatoria de incompetencia. La excepción a esta regla que hace el Código Procesal Civil de Córdoba, está dada para las que se susciten entre jueces de distintos departamentos judiciales, en cuyo caso las partes pueden utilizar una u otra vía, o sea la declinatoria o la inhibitoria (artículo 9, 1° párrafo del Código Procesal Civil de Córdoba).

El artículo 10 del Código Procesal Civil de Córdoba en su primer párrafo establece que “La declinatoria se sustanciara como las demás excepciones previas y declarada procedente, será de aplicación el período final del artículo 1°...”.

6.2. Inhibitoria:

Por la inhibitoria el demandado se presenta no ante el juez que está conociendo en el proceso sino ante quien aquel considera que es competente, pidiéndole que así lo declare, y que tras esa declaración libre una comunicación al otro magistrado que está conociendo en el proceso a fin de que se abstenga de continuar haciéndolo (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

En cuanto a su trámite, el artículo 10 segundo párrafo del Código Procesal Civil de Córdoba establece que "...La inhibitoria podrá plantearse hasta el momento en que puede deducirse la declinatoria".

La legislación actual impone que la inhibitoria, podrá plantearse hasta el momento de oponer excepciones, si están establecidas como previas en el proceso de que se trate, o al contestar la demanda, si aquel trámite previo no se hallara establecido (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

Como al usarse la inhibitoria se recurre a un juez que no obra ningún antecedente del proceso para el cual se plantea la cuestión de competencia, en el escrito respectivo debe hacerse una exposición reseñada de los hechos que se han expresado en la demanda, y de las motivaciones que llevan a justificar la competencia del juez a quien se le está requiriendo intervenir.

Los restantes pasos están diagramados en los artículos 11 y 12 del Código Procesal Civil de Córdoba, recordando siempre que de plantearse el conflicto positivo o negativo de competencia los jueces deben suspender los procedimientos, salvo los relativos a medidas precautorias o cualquier diligencia de cuya omisión pudiera resultar perjuicio irreparable.

Para finalizar, el Código Procesal Civil de la Nación determina que cuando se trataré de conflicto de competencia, sea negativo o positivo, éste

debe ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia cuando el conflicto se suscite entre jueces o tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común (Palacio, 2004).

Conclusión:

Concluimos en que el proceso judicial es la forma de poder arribar a la justicia para dirimir cuestiones entre las personas sean o no conflictos. La jurisdicción es la potestad del estado de poder aplicar al caso en concreto justicia. Para poder ejercer jurisdicción la norma vigente otorga competencia a los jueces de acuerdo al lugar donde se encuentran establecidos físicamente (competencia territorial), a la materia sobre la cual deciden (competencia material) y en razón del grado.

Analizamos cuales son las reglas de competencia vigentes en nuestro Código de Procedimiento, como así también se expuso de qué manera se accede a los jueces para solicitar intervención en ciertas causas, y en qué oportunidad los jueces pueden declarar su competencia o incompetencia. Examinamos que cuando se presentan estos conflictos de competencia, surgen como soluciones a los mismos, la inhibitoria, donde es el mismo demandado quien se presenta ante el juez que cree competente y le solicita su intervención y la declinatoria, que existe cuando el demandado le pide al juez que entienda la causa que decline su competencia.

*CAPITULO V. LA LEY 7.675 Y SUS
MODIFICATORIAS*

1. Creación del fuero de familia de la ciudad de Córdoba.

Fundamentos.

En la justicia civil se torna dificultoso para los jueces con competencia en dichos tribunales, determinar el porqué de las cuestiones familiares, esto se da por la falta de especialización en la materia del derecho de familia, debido a que los tribunales civiles tratarían a los problemas de familia como si fueran de otra índole, sobre todo por la gran cantidad de causas que debe tratar la justicia civil.

Este razonamiento lleva al legislador cordobés a crear y organizar un fuero especializado en cuestiones de familia, ya que cuestiones tan personales, como lo son las relaciones humanas, deben ser abordadas por órganos jurisdiccionales que las consideren en forma particular, con la debida dedicación y atención que tan importante problemática exige (Ossola, 2007).

En la realidad jurídica de Córdoba, la justicia civil se encontraba organizada de tal forma que atendía todos los asuntos de índole familiar que se planteaban en dicha jurisdicción, es por eso que los tribunales civiles llegaban a congestionarse por un sin número de causas que no llegaban a solucionarse, por éste caudal de causas (civiles y familiares) entabladas en dicho fuero civil, es que a las causas de familia no se les daba una solución eficaz y célere como debían merecer

Con tan complicada situación, es que la legislación cordobesa proyecta un fuero especializado y exclusivo en derecho de familia para la ciudad de Córdoba (Ossola, 2007).

Es así, que en la ciudad de Córdoba se crea un fuero especializado para atender cuestiones vinculadas a las instituciones de familia, la principal

finalidad de éste fuero es que los trámites de familia se ventilen en un tribunal diferente, que atienda únicamente causas de deriven del derecho de familia y que resuelva controversias familiares, ya que el legislador advierte la necesidad de un procedimiento propio para dichas cuestiones.

La ley N° 7.675 dio creación en el año 1.988 al Fuero de Familia, organizando así los procedimientos familiares.

Dicha ley pretende mantener en el ámbito del fuero sólo aquellas cuestiones que involucren cuestiones del derecho de familia, y de modo excepcional a las de índole patrimonial que estén vinculadas a éstas (Ossola, 2007).

Es el conocimiento acabado de la estructura y el funcionamiento del fuero, y la comprensión de su finalidad eminentemente pacificadora por parte de los operadores del derecho, los que permitirán un mejor acceso a la Justicia para la armonización de los intereses individuales y sociales comprometidos en la institución familiar (Bertoldi de Fourcade, María V. y Ferreyra de la Rúa, Angelina, 1999).

Las mismas autoras exponen que la justicia de familia es un instrumento que ha de intentar destrabar el conflicto familiar a través de todos los medios que el derecho brinda para lograr dar solución pacífica a éstos inconvenientes que puedan suscitarse en el ámbito familiar.

Los caracteres de este fuero especializado a criterio de las autoras son: exclusividad, extrapatrimonialidad y especialidad, esto se refiere a que los profesionales que operen en este fuero deben contar con una motivación especial además de su formación en derecho de familia y complementarse con

el aporte de otras asignaturas que permitan una más amplia comprensión de los problemas humanos.

La idea de la especialidad, significa que a los conocimientos específicos del derecho de familia se le deben sumar la conciencia de la necesidad de actuar en forma coordinada con otros profesionales y requerir su auxilio todas las veces que sea necesario (Bertoldi de Fourcade, María V. y Ferreyra de la Rúa, Angelina, 1999).

Los principios procesales del derecho de familia son: Inmediación, Conciliación, Impulso Procesal de Oficio, Economía Procesal, Verdad Jurídica Objetiva, Reserva, Adquisición y Preclusión, dichos principios le dan a este fuero cierta particularidad a la hora de resolver cuestiones de familia.

Además, los tribunales familiares cumplen una función jurisdiccional diferente, ya que se rigen por normas de organización y procedimiento especiales que regulan las vías atendiendo a la naturaleza de la cuestión y proveyendo además al cumplimiento de una función docente que le es inherente y no escapa a la propiamente jurisdiccional, sino que la complementa (Bertoldi de Fourcade, María V. y Ferreyra de la Rúa, Angelina, 1999).

Para cumplir con esto, la misión de los Jueces de Familia ha de ser la de pacificar el enfrentamiento, clarificar las posiciones de las partes y ordenar conductas (Ossola, 2007).

2. Organización de una justicia especializada

El fuero de familia en la ciudad de Córdoba se creó para atender de manera exclusiva las cuestiones que involucren a la justicia de familia. La ley

N° 7.675 es la que en el año 1.988, crea y organiza a éstos tribunales, atendiendo a la necesidad de contar con un ámbito adecuado, exclusivo y excepcional, para el tratamiento de los problemas derivados de las relaciones familiares, ya que en razón de su naturaleza, cada caso relacionado con estas cuestiones necesitan nutrirse de un tratamiento especial y éste requiere una apreciación particular para su correcta y rápida solución (Ossola, 2007).

Las pautas que hacen a la organización de los Tribunales de Familia guardan estrecha relación con los principios del ordenamiento procesal.

Dentro del ámbito del fuero especializado de familia se exige contar con cuerpos auxiliares técnicos que le sirvan de apoyo, estos equipos de profesionales, deben ser especialistas en la disciplina vinculada a la temática familiar.

Por otro lado, los integrantes del Tribunal de Familia, como lo son los Jueces, Funcionarios, Cuerpo Técnico y personal auxiliar, deben tener una adecuada preparación y formación, sobre todo en la temática familiar (Ossola, 2007).

Uno de los aspectos sobresalientes que tipifica al fuero de familia, es la actividad conciliatoria, tanto en la etapa jurisdiccional como en la etapa preliminar. Es decir que el avenimiento puede darse fuera o dentro del proceso, antes o durante el proceso.

La organización del fuero de familia, esta detallado en las leyes provinciales N° 7.675 y 7.676, éstas disponen un procedimiento predominantemente oral y de instancia única (artículo 58 de la Ley N° 7.676), a fin de lograr dos objetivos preponderantes como lo son la inmediatez y celeridad (Ossola, 2007).

La Ley N° 7.675 fundó los Tribunales de Familia sólo en la sede de la ciudad capital de Córdoba, en tanto que en el interior de la provincia, este nuevo sistema de aplicación se le asignó a los juzgados ordinarios, los cuales tienen competencia múltiple, pues entienden en materia civil, comercial, laboral y familiar (Artículo 1° de la Ley N° 7.675).

La misma ley crea una sola secretaria para cada unidad jurisdiccional. También se designa un solo Fiscal y seis Asesores de Familia. La función del Fiscal es la de participar en las audiencias de traba de litis ante el Juez de Familia y también debe participar en las audiencias de vista de causa ante la Cámara de Familia, se suma a la tarea del Fiscal que éste, debe intervenir en todos los actos procesales de las causas que tienen participación por estar comprometidos con el orden público. Diferentes son las tareas de los Asesores de Familia, las cuales conciben la realización de la etapa prejurisdiccional, el patrocinio letrado de las personas carentes de recursos y la representación de los ausentes en casos que establece la ley, además los Asesores de Familia representan a los menores.

Éste número de Fiscales y Asesores de Familia es notablemente insuficiente, debido a la multiplicidad de causas que se ventilan en los Tribunales de Familia de la ciudad de Córdoba (Artículos 2° y 3° de la Ley N° 7.675).

Aun así este número de fiscales y asesores no se ha ampliado, pese al incremento de la población de la ciudad de Córdoba (Ossola, 2007).

En función de la naturaleza de las cuestiones sometidas a los Tribunales de Familia, es que la Ley N° 7.576 crea un Cuerpo de Auxiliares Técnicos Profesionales (Artículo 4° de la Ley N° 7.675).

El hecho de que exista este Cuerpo de Auxiliares se argumenta en la naturaleza de los conflictos familiares que se presentan a diario en los Tribunales de Familia. En algunas ocasiones estas situaciones necesariamente deben ser abordadas desde diferentes puntos de vista.

El artículo 7° de la Ley N° 7.676 determina que dicho Cuerpo Auxiliar Técnico estará integrado por: médicos, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, y los profesionales técnicos que se necesiten.

El título primero, capítulo I de la Ley N° 7.676 organiza los Tribunales de Familia de la ciudad de Córdoba, decretando que el fuero de familia forma parte del Poder Judicial de Córdoba. El mismo capítulo determina que los Fiscales de Familia como los Asesores de Familia forman parte de la administración de justicia y dispone que las Cámaras de Familia estarán integradas por tres miembros, formada por un presidente que será elegido por año y por medio de sorteo. Por último el artículo 5° de la Ley N° 7.676 establece que los tribunales de familia serán unipersonales.

Los Tribunales de Familia de la ciudad de Córdoba, están actualmente formados por el Tribunal Superior de Justicia, por dos Cámaras de Familia y cuatro Juzgados, además dicho tribunal está integrado por una Fiscalía y seis Asesores de Familia (Ferreyra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

Cada Cámara de Familia estará integrada por tres miembros, los cuales serán elegidos anualmente y por sorteo, de igual manera que el presidente de la Cámara.

Los magistrados y los funcionarios de los Tribunales de Familias son designados de la forma en que lo establece la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Así mismo los postulantes a integrar el fuero de familia deberán acreditar los requisitos generales que la ley les exige, debido a que se trata de un fuero especializado en la materia y los aspirantes a formar parte de dicho fuero deberán demostrar condiciones de idoneidad propias de la materia de familia (Artículo 6° de la Ley N° 7.676).

El capítulo segundo de la Ley N° 7.676 fija todo lo que corresponde la integración, ausencia y recusación de los miembros del Tribunal Superior de Justicia, las Cámaras de Familia, los Jueces de Familia, los Fiscales y Asesores de Familia.

La justicia de familia se estructura de la siguiente manera:

✓ Los Magistrados:

El tribunal superior de justicia, que está integrado por siete miembros y distribuido en salas de tres (la civil es la que interviene en asuntos de familia), las Cámaras de Familia (pluripersonales) las cuales están formadas por tres miembros y los Juzgados de Familia (unipersonales).

✓ Los Funcionarios:

El Fiscal General y Fiscales Adjuntos, el Fiscal de Familia, los Asesores de Familia y los Secretarios y Prosecretarios. También en calidad de funcionarios forman parte del fuero de familia los titulares de las secretarías y los prosecretarios tanto de las Cámaras de Familia como de los Juzgados.

✓ Auxiliares:

Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, otros existentes en la justicia ordinaria, y el personal auxiliar.

Los requisitos para ser magistrados del Fuero de Familia, son los que exige la Constitución de la Provincia de Córdoba y la Ley del Fuero N° 7.676, al igual que los Asesores de Familia.

Los integrantes del Ministerio Público Fiscal deben reunir los requisitos establecidos por la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, Ley N° 7.826 y respecto de los Secretarios y Prosecretarios del Fuero, deben reunir los requisitos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es facultad del Poder Ejecutivo de la Provincia, previo acuerdo de la Legislatura la designación de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia, Tribunales inferiores y los integrantes del Ministerio Público (Ossola, 2007).

La Ley N° 7.676 también determina el modo de reemplazo, tanto de los magistrados como de los funcionarios integrantes de los Tribunales de Familia, en caso de vacancia, impedimento, recusación o inhabilitación.

3. Sanción de la Ley N° 7.676

Para la creación del Fuero de Familia en la ciudad de Córdoba se sancionó la ley N° 7.675, siendo su regulación y competencia determinada por la Ley N° 7.676

Como principios fundamentales la Ley N° 7.676, determina que en primer lugar este fuero es una magistratura especializada, integrada únicamente por jueces técnicos, con apoyo y colaboración de un cuerpo auxiliar de profesionales vinculados al tema familiar, con un régimen procesal propio. Dicha ley se inclina por el juicio oral, ante tribunales colegiados y con instancia única (Ossola, 2007).

El juicio ordinario que establece el artículo 58 y siguientes de la Ley N° 7.676, indica que el mismo se inicia ante el Juez de Familia, quien provee al trámite y lleva a cabo la actividad instructora, siendo la Cámara el tribunal de sentencia.

La función de conciliación, es indispensable e ineludible para este fuero, la misma se da en la sede judicial de los Tribunales de Familia, en una etapa prejurisdiccional y también en el desarrollo de los procesos. En esta etapa cobra especial relevancia la intervención del Asesor de Familia. Así mismo durante la etapa jurisdiccional está presente la posibilidad del avenimiento.

El carácter privado y reservado del procedimiento de familia y sus actuaciones es parámetro exigido para proteger y defender la intimidad de la familia y la singularidad de los conflictos que puedan afectarla (Ossola, 2007).

El Fuero de Familia cuenta con los principios de inmediación, concentración y celeridad. El primero hace referencia a la intervención personal de los integrantes del Tribunal de Familia, su concurrencia, y notificación personal de las partes. En cambio la concentración y la celeridad se procuran efectivizar mediante el acortamiento de los plazos, la implementación del impulso procesal de oficio, la expresión de los agravios por recursos articulados ante el mismo juez que dictó la resolución que se pretende impugnar (Ossola, 2007).

Otra de las particularidades que la Ley N° 7.676 le asigna al fuero de familia, es que se le posibilita a la persona carente de recursos acceder a un patrocinio letrado gratuito, es decir el las personas que no tengan medios

económicos para acceder al asesoramiento legal, estarán asistidos por los Asesores de Familia sin costo alguno (Ossola, 2007).

El cuerpo legal de la Ley 7.676 está redactado:

✓ El título primero determina la organización y competencia de los Tribunales de Familia, estableciendo en su artículo primero “la creación de los tribunales de familia, que forman parte del Poder Judicial de la Provincia...”. En sus siguientes artículos (3 y 4) hace una descripción acerca de los funcionarios y de la integración de las Cámaras de Familia.

✓ En el Capítulo II del título primero, hace alusión a la integración de este fuero especializado.

✓ En su Capítulo III, Sección I; refiere a la competencia del fuero de familia, estableciendo en su artículo 16, la competencia material del fuero, al indicar que la justicia de familia entiende en las cuestiones personales derivadas de las relaciones de familia, extendiéndose por excepción a ciertas cuestiones patrimoniales, como por ejemplo aquellas mencionadas por la misma ley, sociedad conyugal, alimentos y rendición de cuentas del tutor.

✓ Ya en la Sección II del Capítulo III, establece la competencia territorial del Tribunal de Familia, prescribiendo en su artículo 17 “El Tribunal Superior de Justicia, en materia de familia, tendrá competencia en todo el territorio de la Provincia”. Así mismo el artículo 18 establece que “la competencia territorial de las cámaras y de los jueces de familia comprenderá al territorio de la circunscripción judicial a la que pertenezca”...

✓ La Sección III del Capítulo III, en sus artículos 19, 20 y 21 menciona la competencia funcional, estableciendo que será entendido por el

Tribunal Superior de Justicia, las Cámaras de Familia y los Jueces de Familia respectivamente.

✓ El Título II dispone el procedimiento para la actuación de los tribunales de familia, respecto del tiempo de las actuaciones, plazos, notificaciones, impulso procesal, domicilio, escritos, documentación, etcétera.

Ante los silencios legales que puedan suscitarse en cuanto las cuestiones familiares, el artículo 183 de la Ley N° 7.676, determina que, que “En todo lo que no esté expresamente previsto en esta ley se aplicarán las disposiciones de la Ley Orgánica del poder Judicial y del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Provincia y las leyes que lo modifiquen o complementen”.

Significa que cuando se planteen situaciones que no estén establecidas en el cuerpo legal de la Ley N° 7676, se deberá regir por las normas procesales del Código Procesal Civil y Comercial.

Independientemente de dicho artículo, todas aquellas causas que ya estén en trámite o que se inicien antes de empezar a regir la Ley N° 7.676 deberán continuar hasta su finalización en los juzgados donde se radicaron, y éstos podrán pedir la intervención del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, en caso de que exista en la circunscripción o supletoriamente el de otra donde lo hubiere, de acuerdo a los establecido en el artículo 53 y siguientes de la Ley N° 7.676.

4. Competencia del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba

4.1. Competencia Territorial

La competencia territorial de los Tribunales de Familia se determina por el ámbito geográfico donde ejercen competencia los Jueces de Familia (Ferreryra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

La competencia territorial se distribuye en función de divisiones territoriales, cada una de las cuales, cuenta con un órgano que es titular de las potestades e intereses respecto a ese espacio.

Para definir el Juzgado territorialmente competente, la legislación utiliza criterios que se utilizan para fijar las reglas de competencia territorial que se denominan fueros. Los fueros guardan relación con la voluntad de las partes, con el objeto litigioso, o con la persona del demandado (Ferreryra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

El artículo 17 de la Ley N° 7.676 le asigna al Tribunal Superior de Justicia en materia de familia, competencia territorial en todo el territorio de la Provincia de Córdoba.

Mientras que el artículo 18 de la Ley N° 7.676, les atribuye competencia territorial a las Cámaras y a los Jueces de Familia, dentro del territorio de la circunscripción judicial a la que pertenecen.

Los Fiscales y los Asesores de Familia poseen al igual que los Jueces de Familia, competencia territorial dentro de la circunscripción a la que corresponden (Ossola, 2007).

En la actualidad, los tribunales especializados en familia se crearon en la primera circunscripción en la sede de la capital de la ciudad de Córdoba, mientras que en el interior de la provincia, el tratamiento de las causas de familia se realiza a través de los tribunales ordinarios.

4.2. Competencia Funcional

La competencia funcional es el criterio que determina a que órgano jurisdiccional corresponde conocer y decidir los incidentes y recursos que se presentan en el proceso (Palacio, 2004).

La competencia funcional es el criterio por el que se determina cuáles son en concreto los órganos que van a conocer a lo largo de un proceso civil en curso (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

La heterogeneidad de tipos de tribunales del orden jurisdiccional civil posibilita estructurar un proceso que se desarrolle en una dualidad de instancias y establecer además pluralidad de recursos ante alguna infracción procesal, éstos recursos comportan que en un mismo proceso intervengan distintos tribunales (Ossola, 2009).

Para fijar la competencia funcional hay que partir siempre de la pendencia de un proceso, iniciado ante un determinado órgano jurisdiccional y sustanciado por trámites específico. Únicamente del órgano de la primera instancia y cauce procedimental, deriva la competencia funcional, y de ningún otro. Esto se da porque la competencia funcional posee carácter derivado (Ferreyra de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2009).

Las normas de competencia funcional, son improrrogables. Se dispone de manera terminante, que no sean admitidos a trámite los recursos dirigidos a un tribunal que carezca de competencia funcional para conocer de los mismos.

El control de la competencia funcional se hace de oficio.

Si el recurso se hubiera admitido, el tribunal podrá, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva y dado que la subsanación resulta aquí

absolutamente improcedente, abstenerse de conocer, previa audiencia de las partes (Palacio, 2003).

La denuncia de la incompetencia funcional por las partes, puede hacerse por medio de los recursos ordinarios o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

El artículo 19 de la Ley N° 7.676 dispone que “El Tribunal Superior de Justicia conocerá: 1. De los recursos que se interpongan contra las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras de Familia. 2. De las quejas por la denegación de recursos. 3. De las quejas por retarda justicia”. De esta norma se determina que el Tribunal Superior de justicia interviene únicamente por vía de recurso extraordinario interpuesto contra la Cámara de Familia y las quejas por su denegatoria.

Las Cámaras de Familia, de acuerdo a las leyes procesales entenderán:

✓ En juicio oral, continuo y reservado, con audiencia de vista de causa, de única instancia. Los casos de oposición a la celebración del matrimonio, separación personal, divorcio vincular y disolución y liquidación de sociedad conyugal sin divorcio, también entienden sobre nulidad de matrimonio, acciones de filiación, privación de patria potestad y adopción.

✓ Según lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley N° 7.676, las Cámaras de Familia entenderán en el juicio especial de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta.

✓ Es tribunal de ejecución de las resoluciones que adopte, y de las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia, excepcionando la hipótesis en

que la ejecución de las resoluciones de la Cámara correspondan al Juez de Familia.

✓ Participan en la recusación y excusación de sus propios miembros y en la de los Jueces de Familia, de los que es superior común.

✓ Cumple la función de Tribunal de Alzada en los recursos ordinarios que se plantean contra las resoluciones de los Jueces de Familia, también en las quejas por denegación de los recursos ordinarios y por retardo de justicia planteados contra los jueces inferiores. También cumplen la función de Tribunal de Alzada en materia de familia con relación a las sentencias y resoluciones dictadas por los jueces de primera instancia de toda la primera circunscripción.

✓ Realizan la función de Tribunal de Apelación de las resoluciones dictadas por los Jueces de Menores de la primera circunscripción.

La competencia funcional de los Jueces de Familia, está resuelta en el artículo 21 de la Ley N° 7.676 donde se decide que “Los jueces de familia entenderán: 1) En la homologación de los acuerdos celebrados ante el Asesor de familia y en su ejecución. 2) En las actuaciones que se practiquen para preparar la demanda, en ésta, en su contestación y en reconvención, salvo lo dispuesto en el artículo 84. 3) En las excepciones de previo y especial pronunciamiento. 4) En la fijación provisoria de alimentos, litis expensas, régimen de visitas, exclusión del cónyuge del hogar conyugal y guarda de menores no sujetos a patronato, y en los casos previstos en el artículo 16 incisos 14 y 15. En éstos últimos casos también podrán imponer medidas de protección temporales, cuando la urgencia y circunstancias del caso las

justifiquen procurando dar solución inmediata al conflicto. Estas medidas podrán ser ejecutadas por la Policía Judicial si así se resuelve. Podrán consistir en el desalojo temporario del agresor o el alejamiento de la víctima de la residencia común, sin perjuicio de los derechos sustantivos que puedan reclamarse. 5) En la conciliación. 6) En la instrucción de la prueba prevista en el artículo 72. 7) En la ejecución de sus propias decisiones y la ejecución de las sentencias dictadas por la Cámara de Familia y el Tribunal Superior de Justicia. 8) En juicio verbal y actuado, en las causas previstas en los incisos 2, 8, 9, 12, 13 y 14 del artículo 16. 9) En el juicio verbal y actuado en la situación de los menores de edad cuando sus padres, tutores, guardadores o establecimientos de educación lo soliciten. 10) En los procedimientos ejecutivos tendientes hacer efectiva la obligación alimentaria adecuadamente documentada”.

4.3. Competencia material

La competencia material, realiza la asignación de competencias entre las divisiones departamentales en función de los distintos servicios públicos posibles (Palacio, 2004).

La asignación de la competencia material de los Tribunales de Familia se realiza mediante la enunciación contenida en el artículo 16 de la ley N° 7.676, la que incluye “...toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia”.

No obstante en la actualidad los tribunales de familia con competencia exclusiva en dicha materia, entienden y resuelven de manera excepcional cuestiones patrimoniales que se deriven de las relaciones de familia, siempre

que las acciones planteadas no sean patrimonialmente puras (Ferreyra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

De la competencia material del fuero de familia de la ciudad de Córdoba se ha dicho que: "La competencia material del fuero ha de estar referida a la totalidad de la problemática que se relaciona directa o indirectamente con la familia, primordialmente la que hace a los aspectos personales, y también -aunque de modo excepcional a los de índole patrimonial que le estén inescindiblemente vinculados" (Ossola, 2007).

Cabe subrayar que se trata de un fuero de excepción, por lo que las normas que delimitan su competencia no deben interpretarse de manera estricta ni mucho menos inequívoca, de ésta manera cuando planteamos que la competencia material de dichos tribunales abarca también a ciertas cuestiones patrimoniales que emerjan de causas que entiende dicho tribunal, se está dejando más que claro que hablamos de causas que trata el derecho de familia y que pueden surgir de las mismas cuestiones patrimoniales (cuestiones netamente accesorias).

Se interpreta que la Ley N° 7.675 crea un fuero de excepción, y dicha ley no deja a un lado las cuestiones patrimoniales de las relaciones de familia y con esta interpretación no se estaría desvirtuando la finalidad del legislador al crear esta magistratura.

La asignación de la competencia material de los Tribunales de Familia contenida en el artículo 16 de la Ley N° 7.676, no es taxativa e incluye en ella, "...toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia" (Artículo 16, inciso 15 de la Ley N° 7.676), se habla de aquellas cuestiones que si bien se dan dentro del ámbito del derecho de familia pueden estar relacionadas con

el ámbito patrimonial, o dicho de otra manera pueden emanar de las relaciones de familia pero tratar cuestiones patrimoniales.

Según la legislación cordobesa, en el ámbito del Fuero de Familia se ha procurado mantener sólo las cuestiones referidas a las instituciones del derecho de familia. Dicha legislación le atribuye a este fuero especial, una competencia homogénea (Ossola, 2007).

En el ámbito de la competencia material del Fuero de Familia, se vislumbran, las cuestiones relativas: al matrimonio, su celebración, sus efectos personales y patrimoniales, disolución por separación personal, divorcio vincular o nulidad, también le corresponde al Fuero de Familia todo lo relativo a filiación por naturaleza o adopción, y a la tutela y guarda de menores no sometidos a patronato (Ferreya de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

5. Ministerio Público

El Ministerio Público es el conjunto de funcionarios que tienen como misión principal, la defensa de los intereses vinculados al orden público y social (Ossola, 2007).

El artículo 171 de la Constitución de Córdoba, determina y organiza las funciones del Ministerio Público. Así mismo la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, Ley N° 7.826, dispone que los integrantes del Ministerio Público gozan de inamovilidad mientras dure su buen desempeño, además establece las inmunidades de los miembros del Ministerio Público, que es la misma que la de los jueces, también determina las incompatibilidades de sus funcionarios, su designación, remoción y requisitos (Ossola, 2007).

6. Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario

Como vimos anteriormente el Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario fue creado por la Ley N° 7.675 en su artículo 4° que establece que el mismo actuará en la primera circunscripción de la ciudad de Córdoba y que contara con médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y demás técnicos y profesionales que se necesiten.

Luego el artículo 8° de la Ley N° 7.676 menciona los requisitos para formar parte de este Cuerpo Auxiliar de Técnicos Multidisciplinarios, estableciendo que para aspirar a estos puestos, “...se requiere poseer título habilitante en la disciplina de que se trate, tener no menos de treinta años de edad; haber ejercido la profesión ininterrumpidamente durante los últimos cinco años anteriores a su designación, como mínimo, y poseer versación especial en los problemas de familia”.

La misma Ley N° 7.676 dispone que sea el Tribunal Superior de Justicia quien establezca la dotación y distribución del personal auxiliar de los organismos que se creen por la Ley N° 7.676 (artículo 9° de la Ley 7.676).

Las funciones del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario deben producir informes y realizar las actividades que le encomienden los miembros de la Magistratura de Familia, y los Asesores de Familia (Artículo 28 de la Ley 7.676).

La intervención del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, es esencialmente de colaboración y apoyo a los órganos judiciales, asistiéndolos y dándoles asesoramiento, los profesionales que forman parte de este Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, contribuyen a precisar el enfoque general

de la situación familiar y de los diversos problemas sometidos a su decisión (Ossola, 2007).

Los miembros del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, no son sorteados, no prestan juramento, ni tampoco perciben pago alguno por su labor.

La actuación de estos técnicos y profesionales, puede extenderse durante todo el proceso, incluida la etapa previa, ya que tanto el Juez como la Cámara de Familia pueden convocar a éstos a que amplíen o formulen aclaraciones de los informes presentados, ello sin perjuicio de la convocatoria que a tal efecto pudiera realizar la Cámara de Familia de oficio (Ferreira de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

De conformidad a la naturaleza de la causa de la cual los técnicos y profesionales del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinarios deban emitir informe y opinión, pueden operar uno, o varios profesionales, en conjunto o indistintamente, en principio los informes que emitan éstos deberán ser interdisciplinarios y solo en caso de discrepancia entre ellos, deberán emitirse por separado. Como todo asesoramiento de apoyo y colaboración, el informe expedido por los profesionales del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, no es vinculante para el órgano requirente, si bien es trascendente, el órgano que lo solicita, puede apartarse del informe sin que deba fundar su decisión al hacerlo (Ossola, 2007).

En todas las etapas donde se amerite la actuación de algún profesional del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, con la finalidad de asegurar la imparcialidad de los pronunciamientos emitidos por éstos, es que la ley impide

a quien actuó en la etapa prejurisdiccional ante el Asesor de Familia, lo siga haciendo en las demás instancias jurisdiccionales.

Cuando la Ley N° 7.676 se refiere al Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, determina que:

✓ El Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario podrá actuar por medio de alguno o algunos de sus miembros o en pleno, como también lo podrá hacer en conjunto con otros especialistas en la materia existentes en los Centros u Organizaciones Gubernamentales o no.

✓ En caso de intervenir otras áreas externas al Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, los informes podrán ser interdisciplinarios. Y si llegare haber discrepancia podrán emitir informes por separado.

✓ El informe que presentan los profesionales del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, podrá ser verbal o escrito, según lo determine el Tribunal o Asesor de Familia que lo solicite así como también se expedirá en el plazo que estos le fijen.

✓ Cuando sea el Asesor de Familia quien solicite la intervención de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Multidisciplinario, en los casos que prevé el artículo 26 inciso 1°, será secreto y no podrá ser usado como prueba en juicio posterior.

✓ Por último, la ley establece que todos los miembros del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario, que hubiesen emitido opinión a pedido del Asesor de Familia, deberán excusarse de intervenir en las actuaciones posteriores jurisdiccionales. A la vez deberán guardar secreto absoluto, aun después de haber cesado en sus funciones y no podrán declarar respecto de ellas. Y en caso de prestar cualquier tipo de declaración al respecto, la misma

será nula y no se podrá valorar, ello sin perjuicio de la responsabilidad que derive de la violación de esta obligación (Artículos 53, 54, 55, 56 y 57 de la Ley N° 7.676).

Conclusión:

Afianzamos la idea de que los Tribunales Civiles y las leyes procesales no están preparados para enfocar los múltiples problemas que abarcan las cuestiones de familia, y creemos que ello responde a las formas que posee la regulación del procedimiento civil.

Compartimos los caracteres asignados a este fuero especializado en la materia de familia como son la exclusividad, extrapatrimonialidad y especialidad. Además corroboramos que el Fuero de Familia cuenta con los principios de inmediación, concentración y celeridad.

Como detalle importante, examinamos que el Fuero de Familia en la ciudad de Córdoba se creó para atender de manera exclusiva las cuestiones que involucren a la justicia de familia. Es por eso que cuando interpretamos la Ley N° 7.675 advertimos que se crea un fuero de excepción, y dicha ley no deja de lado las cuestiones patrimoniales de las relaciones de familia. Al contrario estamos de acuerdo en que en el ámbito del Fuero de Familia se ha procurado mantener sólo aquellos asuntos relacionados al derecho de familia. Y con esta interpretación no se estaría desvirtuando la finalidad del legislador al crear esta magistratura.

**CAPITULO VI. DAÑOS DERIVADOS DEL
DIVORCIO. COMPETENCIA
PATRIMONIAL**

1. Recepción de la responsabilidad familiar por daños

En los daños que se producen dentro de las relaciones familiares, es muy problemático el papel que juegan los remedios indemnizatorios propios de la responsabilidad civil. Ello obedece a la naturaleza misma de estas relaciones de familia, que a veces suelen generar vínculos contrarios de reclamaciones entre las partes afectadas.

No es frecuente que en las causas de índole familiar se reclamen daños.

La existencia o no de la responsabilidad civil en este tipo de relaciones, queda muchas veces oculta bajo la vigencia de una legislación no escrita, recurriendo a la analogía para resolver estas cuestiones (Belluscio, 2006).

El ordenamiento jurídico no prescribe la imposición de obligaciones familiares que coercitivamente puedan ejecutarse ante el incumplimiento. Tampoco establece sobre el resarcimiento de daños por contravención de los deberes conyugales.

Pero en el caso de la separación personal o el divorcio vincular, el derecho civil sí dispone sobre las sanciones o remedios que se brindan a los cónyuges que ven afectado su vínculo matrimonial ya sea por causas objetivas o subjetivas. El Código Civil también explica la figura del daño, y en qué situaciones se podrían reclamar los mismos (Artículos 1.067, 1.068 y 1.069 del Código Civil).

2. El deber de indemnizar daños y perjuicios derivados del divorcio vincular

La posición doctrinaria favorable al resarcimiento de los daños y perjuicios procedente del divorcio vincular, (Belluscio, 2006; Zanonni, 2006)

distingue entre los hechos constitutivos de las causales de divorcio vincular y los daños que derivan del divorcio en sí.

Zannoni (2006) expone, que los daños constitutivos de los hechos como causas del divorcio, son los daños que se ocasionan al cónyuge inocente como hecho ilícito.

Casi siempre se tratan de daños morales que provocan la lesión de derechos subjetivos del cónyuge inocente, como por ejemplo el adulterio.

Pero además el divorcio vincular como tal, puede traer aparejados daños que serán imputables al culpable del divorcio cuando éste previó o debió preverlos (Zannoni, 2006).

A contrario sensu, la postura que adquiere la doctrina que niega la procedencia de los daños y perjuicios (Borda, 1993), se asienta en la premisa de que la norma jurídica no predica ni legisla tal responsabilidad al respecto, no existiendo por ende daños susceptibles de ser reparados.

Es así que la doctrina mayoritaria se afirma en que las causales de divorcio vincular revisten carácter de hechos ilícitos en tanto que importan una violación de los deberes emergentes del matrimonio y dan lugar a la sanción civil del divorcio. Según esta postura amplia, esa violación provoca daños por lo que el perjuicio es indemnizable (Belluscio, 2006).

Con lo expuesto no se equivale a que la doctrina actual, entienda que la separación personal o el divorcio vincular considerados en sí mismo no puedan ser considerados como entidades dañosas, sino que las sanciones al cónyuge culpable encuentran siempre su fundamento en el derecho de familia, y la reparación de los daños causados por alguno de éstos encuentra su fundamento en otro terreno (Belluscio, 2006).

La omisión que hace la Ley N° 23.515 al respecto del deber de indemnizar daños y perjuicios que derivan del divorcio vincular, no debe fundarse en la inexistencia de la acción resarcitoria al respecto, más aún cuando del Código Civil dispone que los efectos del divorcio, no alude expresamente a la prohibición de no indemnizar dentro de esta figura legal.

La legislación vigente también explica que el cónyuge inocente del divorcio vincular no siempre tendrá derecho a una indemnización, y que tolerar la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que siempre se ha de producir en todos los casos de divorcio vincular, sino que sólo será viable si se cumplen todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil (Zanoni, 2006).

Para finalizar, la doctrina argentina (Belluscio, 2006; Zanoni, 2006) distingue entre los daños originados por los hechos constitutivos de las causales de divorcio y los daños derivados del divorcio en sí.

En cuanto a los daños que origina el divorcio en sí mismo, éste no puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios, pero en caso de que se presenten causales subjetivas en la demanda de divorcio, y se reclamen daños y perjuicios, la inocencia del cónyuge que reclama, es condición sine qua non para estar legitimado a reclamar. Por ello, si ambos cónyuges son culpables del desquiciamiento matrimonial, la indemnización pretendida por uno de ellos no es procedente (Ferrerira de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

Dentro de la figura del divorcio vincular para dar derecho al reclamo por resarcimiento de daños y perjuicios, el ilícito debe haber causado un daño

objetivamente cierto a la persona del cónyuge inocente, así lo exige el artículo 225 del Código Civil.

Pero no todas las causales de divorcio vincular revisten el carácter de hechos ilícitos sino siempre que importen una violación a los deberes emergentes del matrimonio y que den lugar a la sanción del divorcio; y aunque esos deberes no sean obligaciones con contenido patrimonial, si su violación ocasiona un daño el perjuicio indemnizable está representado por la apreciación pecuniaria.

La admisión de cualquiera de las causales subjetivas del artículo 202 del Código Civil implica acoger la existencia de una conducta ilícita, y si además esa conducta causa un perjuicio al otro cónyuge, nada impide reclamar la correspondiente indemnización, considerando que con ella no se afecta la faz sancionatoria impuesta por el régimen legal del matrimonio (Belluscio, 2006).

No toda conducta del cónyuge culpable da lugar al reclamo por daño moral, sino solamente aquellas que ingresan dentro de la órbita resarcitoria, las que implican auténticos agravios al otro cónyuge.

Es decir que será admisible la reparación por los daños causados por un cónyuge a otro sólo por los hechos que dieron lugar a las causales subjetivas del divorcio, es el propio derecho sustantivo quien afirma que el que ha causado injustamente un daño a otro debe repararlo (Belluscio, 2006).

Si bien la norma jurídica actual no posee una figura especial de reparación de daños en la figura del divorcio vincular, tampoco ha vedado esa posibilidad, por lo que la jurisprudencia aplica en estos casos las normas generales de responsabilidad civil que establece el código civil.

Finalizando, la doctrina y la jurisprudencia aseveran que deberá admitirse la reparación de los daños derivados del hecho mismo del divorcio vincular, ya que el fundamento de la reparación la encontramos en el ilícito que dio lugar a la sentencia y no a las posibles consecuencias dañosas que esa sentencia pudiera acarrear. Además, el deber de reparar se asienta en la aplicación de los principios generales que gobiernan el derecho de fondo, el cual establece la obligación de reparar el daño causado por el hecho antijurídico. Si se trasladara esta disposición al derecho de familia, puntualmente al divorcio vincular, no estaríamos vulnerando la institución del matrimonio ni mucho menos la figura de la familia.

3. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales

La estructura del matrimonio como comunidad de vida asumida de manera voluntaria determinaría en cierta medida la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sostiene, entonces se diría que toda pretensión dirigida a su ejecución forzosa es contradictoria con su propia naturaleza, al igual que lo sería la de su cumplimiento, porque tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por propia voluntad de uno y otro cónyuge parece contradictorio que puedan interponerse medios dirigidos al apremio directo de aquéllos. A ello debe añadirse lo difícil que puede resultar ser, calcular los daños producidos dentro de la vida matrimonial cometido por uno o ambos cónyuges (Belluscio, 2006).

En el plano civil, su infracción sólo comporta por regla general, las consecuencias establecidas por el derecho matrimonial.

Las normas del Código civil prevén que el juez pueda fijar una compensación a favor del cónyuge que ve empeorada su situación, como por ejemplo la fijación de alimentos y asistencia a favor del cónyuge desprotegido, pero se desvincula cualquier medida que el juez pueda adoptar dentro de una causa de divorcio vincular, como indemnización por daño moral ante el incumplimiento de los deberes conyugales (Ferreyra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

Tanto los daños morales como los daños patrimoniales derivados de los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio vincular deben ser reparados, e indemnizados, y el incumplimiento de los deberes legales impuestos como obligaciones a los cónyuges en el matrimonio constituyen hechos ilícitos que deben ser resarcidos de acuerdo a las normas de responsabilidad civil (Belluscio, 2006).

La doctrina amplia y favorable expresa que el fundamento de la procedencia del reclamo indemnizatorio por los daños derivados de los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio vincular, radica en el agravio sufrido por la víctima del daño, en el avasallamiento de los derechos individuales, independientemente de la relación matrimonial que la vincula al agente dañador.

En definitiva, el fundamento principal de la viabilidad de reclamo indemnizatorio radicaría en el agravio a los derechos personales de la víctima y no en las relaciones matrimoniales de sus protagonistas. La regulación de la responsabilidad en los divorcios, no se puede desentender de los conceptos generales de la responsabilidad civil. Más aún, no se puede optar por la aplicación indiscriminada de la responsabilidad civil, mucho menos en una

figura legal tan delicada como es el divorcio vincular, sino que deben tenerse en cuenta los rasgos particulares de la relación matrimonial al momento de valorar los hechos del caso concreto y los elementos de ésta (Belluscio, 2006).

4. Competencia patrimonial del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba

Teniendo en cuenta que la competencia material de los jueces de los Tribunales de Familia, está determinada por la naturaleza de la pretensión, diremos que la competencia patrimonial estará determinada por el contenido patrimonial que tengan aquellas acciones interpuestas en dichos tribunales (Ossola, 2007).

De acuerdo a la Ley N° 7.676, el Fuero de Familia fue creado como fuero de excepción, donde se entenderán causas que deriven de las relaciones de familia y que tengan que ver con el derecho de familia.

Dicho fuero también atenderá de manera excepcional ciertas cuestiones patrimoniales, como por ejemplo: cuota alimentaria en divorcio, liquidación de sociedad conyugal, etcétera (Ferreyra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

El Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, en lo que respecta a la enunciación del artículo 16 de la Ley N° 7.676 destaca la naturaleza no patrimonial del fuero de familia, la cual, junto con la especialidad y la exclusividad constituyen las notas características del mismo.

Al respecto se señala que la extra patrimonialidad como característica de estos Tribunales implica que excepcionalmente entenderán en asuntos patrimoniales y ello ocurrirá cuando este aspecto no pueda escindirse de la relación familiar (Ferreyra de la Rúa y Bertoldi de Fourcade, 1999).

Conclusión:

Nuestra realidad jurídica nos pone de manifiesto que los daños entre familiares, rara vez llegan a compensarse conforme a lo que prescribe nuestro derecho. Ya que la legislación actual no sanciona expresamente el incumplimiento de los deberes familiares y mucho menos establece el resarcimiento de los posibles daños que puedan surgir de éstas.

Cuando nos enfocamos sobre la figura de la separación personal o divorcio como tal. Examinamos que la doctrina actual entiende que la separación personal o el divorcio vincular estimados en sí mismo no pueden ser considerados como entidades dañosas. Pero el divorcio vincular, como tal puede traer aparejado daños que serán imputables al culpable del divorcio cuando éste previó o debió preverlos. Entonces, el divorcio castiga al aspecto familiar y la indemnización al aspecto patrimonial.

Creemos también que los daños morales como los daños patrimoniales que derivan de los hechos ilícitos que constituyen causales de divorcio vincular deben ser reparados, e indemnizados.

En definitiva, el fundamento principal de la viabilidad de reclamo indemnizatorio radicaría en el agravio a los derechos personales de la víctima y no en las relaciones matrimoniales de sus protagonistas.

Terminando con el capítulo expuesto entendemos que la competencia patrimonial que poseen los Tribunales de Familia, cumple una función jurisdiccional diferente, ya que este fuero se rige por normas de organización y procedimiento especiales que regulan las vías atendiendo a la naturaleza de la cuestión y suministrando al cumplimiento de una función docente que le es

inherente y no escapa a la propiamente jurisdiccional, sino que la complementa.

CAPITULO VII.

MODIFICACIONES AL CÓDIGO

CIVIL SOBRE SEPARACIÓN

PERSONAL Y DIVORCIO.

1. Nociones generales acerca del proyecto de la reforma al Código Civil en materia de divorcio.

Nos proponemos realizar una breve síntesis explicativa de las reformas del proyecto, en lo referido a la figura del divorcio vincular.

En primer lugar, y como lo mas trascendente de la modificación de la ley que regula el divorcio, es qué se dará valor al obrar de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que con ésta reforma se enaltece la idea de que las personas tengan mayor libertad para construir la forma, el modo y la ruptura de la comunidad de vida que se propusieron. En la actualidad la legislación en materia de divorcio significa un estatuto legal forzoso, imposible de modificar por las partes.

Hoy por hoy, el derecho de fondo, en el instituto del divorcio establece una doble vía: la separación personal y el divorcio vincular, a opción de los cónyuges. Los efectos, en su gran mayoría, son prácticamente los mismos. La gran diferencia entre una y otra figura es que mientras la separación personal no disuelve el vínculo marital, el divorcio sí lo hace.

A sí mismo, hay diferentes causas: subjetivas y objetivas. En las primeras, el cónyuge afectado invoca y prueba incumplimiento de los deberes conyugales del otro (adulterio, injurias graves, abandono), así consigue sentencia de culpabilidad. En las objetivas, en cambio, no se supone necesariamente culpa, sino que se constata una realidad: el fracaso matrimonial o la ruptura en los hechos de la comunidad de vida (separación de hecho sin voluntad de unirse).

Por último, tenemos el procedimiento contencioso (se discute la culpa) y la presentación conjunta ante el juez (se manifiesta simplemente que hay

causas graves que imposibilitan la vida en común, artículo 205 y 215 del Código Civil).

Ahora bien, el proyecto elimina como opción la separación personal, y regula solamente el divorcio. Suprime las causales subjetivas, y establece un único sistema de divorcio remedio, basado en la voluntad de uno o de ambos cónyuges.

Así, el divorcio luego de producida la reforma, se logrará ante el juez; no se expresará causa al respecto; podrá ser solicitado de manera individual o conjunta, y se obligará a las partes a acompañar un convenio sobre cuestiones patrimoniales, guarda de hijos, alimentos, etcétera. Con la reforma, no existirán plazos de espera, ni intervención conciliatoria del juez y las normas procedimentales quedan sujetas a los códigos específicos. Esto es lo que ha trascendido con el nombre de divorcio exprés.

Los expertos en la materia explican que el proyecto de modificación de la ley del divorcio que se encuentra en el Parlamento para su análisis simplifica los trámites para su solicitud, considerando la libre petición de uno o ambos cónyuges, quienes a su vez podrán hacer propuestas y acordar sobre los efectos que tendrá la disolución.

Las reformas introducidas en el marco legal del divorcio vincular en nuestro país han tenido como patrón de referencia el cambio y la evolución de la familia en los últimos años. Estos cambios se refieren a las nuevas formas de fisiología de las mismas, como así también a las formas de resolver las crisis frente a la ruptura matrimonial, apuntando primordialmente a las consecuencias en lugar de las causas.

A partir de estos cambios, se ha puesto en crisis la regulación del divorcio en cuanto obliga a los esposos a someterse a reglas del derecho que resultan muchas veces inflexibles. La legislación de nuestro país no da respuesta satisfactoria a los conflictos matrimoniales actuales. Ante esta situación se presenta el Proyecto de Reforma de Código Civil, que intenta adaptar el trámite del divorcio a la realidad que hoy nos toca transitar, siempre con el objetivo de brindar una solución a los conflictos matrimoniales.

Es así que en virtud del avance de la autonomía de la voluntad en los divorcios que en nuestros días se ventilan en los Tribunales de Familia y sobre todo teniendo en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia al respecto, el proyecto de reforma consagra un sistema de divorcio que respeta ante todo la libertad y la intimidad de los cónyuges, donde la intrusión del estado tiene límites marcados.

Respecto de las causales objetivas y con el fin de adecuar el sistema legal a la realidad de los conflictos matrimoniales, se ha planteado la inconstitucionalidad de los plazos para configurar la separación de hecho que habilita el pedido de separación personal o divorcio vincular, como así también el tiempo mínimo de matrimonio requerido por las normas para el trámite del divorcio-remedio por mutuo consentimiento, previsto en los artículos 215 y 236 del Código Civil. Mucho se ha criticado el trámite de la doble audiencia establecido para este tipo de divorcio, cuestionando el papel del juez en su rol de investigador de las causas y de reconciliador de los esposos. Sumado a esto, se ha cuestionado la utilidad de seguir manteniendo la doble figura de la separación personal y el divorcio vincular.

Resumiendo, y de manera general analizamos que las normas planeadas respecto al divorcio vincular en éste proyecto son:

A- Se deroga la figura de separación personal:

Lo que ocurre en la práctica judicial es que la separación personal es usada casi exclusivamente por quienes no alcanzan el plazo establecido para pedir el divorcio vincular de acuerdo al actual Código Civil (tres años de matrimonio y dos años para la separación personal), y no por una decisión personal.

Esta es una de las razones por las cuales en el Proyecto se regula solo el divorcio vincular y se deroga la figura de la separación personal.

B- Se eliminan las causales subjetivas:

En el proyecto solo se regula el divorcio incausado. Se suprimen las causales subjetivas establecidas actualmente en el artículo 202 del Código Civil.

En cuanto a los fundamentos de la eliminación de las causales subjetivas, se basa en la práctica judicial, que ha demostrado la destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso.

Hay muchas razones que indican lo nocivo de la atribución de culpas en un divorcio, una de ellas es la dificultad probatoria que en el ámbito de un proceso judicial tiene el juez para dilucidar los verdaderos motivos de la ruptura del matrimonio. A demás es casi imposible conocer lo qué realmente ha ocurrido en la intimidad del hogar de los cónyuges.

No debemos olvidarnos que dentro de un divorcio culpable siempre se generan secuelas gravosas para la familia en general, sobre todo porque

impactan directamente en los hijos. Y las mismas consecuencias dañosas se expanden a otras relaciones familiares como es el vínculo entre abuelos y nietos.

C- Cuestionamientos al divorcio sin atribución de culpas:

Dentro de éste cuestionamiento, los planteos se han referido tanto a la configuración de la causal de separación, como asimismo a la constitucionalidad de los plazos de espera (los años de falta de convivencia para que se configure la causal objetiva, así como los años de matrimonio para el divorcio remedio).

La doctrina (Zannoni (2006), Sambrizzi (1999), Belluscio (1987)) y jurisprudencia mayoritaria consideran que el cese de la cohabitación no tiene que ser querido ni aceptado por ambos cónyuges, sino que es suficiente con la voluntad de uno de los esposos para configurar el tipo legal. El requisito es que exista el hecho objetivo de la separación y que por lo menos uno de ellos no tenga voluntad de unión (descartando obviamente las separaciones involuntarias).

A demás se cuestiona la inconstitucionalidad de los plazos establecidos por la ley para solicitar el divorcio, ante ésta situación existen varios precedentes jurisprudenciales que han declarado la inconstitucionalidad de los plazos previstos en la ley, tanto el plazo de matrimonio establecido para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 215 del Código Civil), como el de separación de hecho para habilitar el pedido de divorcio por la causal objetiva (artículo 214 inciso 2 del Código Civil), como asimismo el plazo de reflexión establecido entre las dos audiencias (artículo 236 del Código Civil).

El argumento central es que dichos plazos son violatorios al principio establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de autonomía de la persona y la libertad de intimidad, entendiendo que del mismo modo en que los contrayentes han tenido la libertad para decidir el momento en que contraen matrimonio, debe consagrarse esa misma libertad para disolverlo.

D- Cuestionamientos al trámite de divorcio-remedio:

Constitucionalmente se ha objetado el trámite del divorcio-remedio previsto en el artículo 236 del Código Civil, tanto por la doble audiencia exigida, como por las atribuciones otorgadas al juez que investiga las causas y esta obligado a ser conciliador de las partes, solo con este rol del juez que interviene en la causa se considera que se vulnera los derechos a la privacidad y libertad de los cónyuges los cuales están obligados por la legislación a someterse a una limitación a la autonomía de la voluntad e intromisión en su ámbito de intimidad.

En este sentido, se ha resuelto hacer lugar al pedido de desistimiento voluntario de las partes del ejercicio de los derechos al goce del período de reflexión y a la celebración de la segunda audiencia, por ser ambos derechos de ejercicio facultativo para las partes y, por lo tanto, renunciables (artículo 19 Constitución Nacional) y que el plazo entre la primera y la segunda audiencia ha sido consagrado no ya en resguardo del orden público, sino en protección del orden privado, como un derecho en favor del interés particular de los cónyuges; esto es, como un verdadero derecho personal a la reflexión.

E- Legitimación:

El divorcio puede ser pedido por uno o por ambos cónyuges.

Los fundamentos al respecto indican que el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes, por ende cuando dicha voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, el respeto por la libertad y autonomía de la persona y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea.

2. El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil Argentino.

Las modificaciones proyectadas, se han orientado a lograr un mayor equilibrio en la tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente en la ruptura del matrimonio, para que pueda realizarse en términos pacíficos, claramente, esto deviene con la evolución de la jurisprudencia nacional.

A modo de generalidad diremos que el divorcio esta proyectado en la reforma de la siguiente manera:

- ✓ Un solo tipo de divorcio incausado.
- ✓ Eliminar el doble sistema de separación personal y divorcio vincular.
- ✓ Suprimir todas las causales (subjetivas y objetivas), todos los plazos (tanto de duración del matrimonio, como de separación de hecho) y el trámite de la doble audiencia.
- ✓ En cuanto a la legitimación, el divorcio puede ser pedido por uno o por ambos cónyuges.
- ✓ Señalando los daños y perjuicios derivados del divorcio, los que pueden ser indemnizados son aquellos que no tienen su causa en el vínculo

matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Con esta modificación se da por terminada la conflictiva relación entre el divorcio y el derecho de daños.

✓ En cuanto al procedimiento del divorcio vincular, el mismo cambia rotundamente, porque en principio se procura dar solución a la crisis apuntalada hacia un futuro sin mirar para atrás para buscar culpables e inocentes. La familia continua aún después de las crisis, es por esta razón que se obliga a las partes a acompañar, junto a la solicitud del divorcio, una propuesta que regule los efectos derivados del mismo. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Esta puede ser consensuada entre los esposos o bien ofrecida por uno solo de ellos. En este último caso, el otro cónyuge puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Las partes deben acompañar los elementos en que se fundan y el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el juez, quien convocará a los cónyuges a una audiencia. Un importante punto a remarcar es que en ningún caso el desacuerdo en el convenio regulador suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Es decir, que la audiencia es a los fines de determinar los efectos del divorcio, porque en cualquier caso se va a dictar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

Asimismo se establece el contenido del convenio regulador, que debe incluir la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, como las cuestiones referidas al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la

prestación alimentaria. Sin perjuicio de estos temas, se podrán proponer otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Conclusión:

A modo de conclusión creemos que las transformaciones de la familia en nuestra realidad deben ser abordadas por el legislador de manera urgente. El activismo judicial nos demuestra que el derecho actual no está a la altura de las circunstancias en cuanto a disolución del vínculo matrimonial.

Con ésta reforma de las normas que regulan al divorcio vincular se estará brindando una solución más que una estrategia para aquellos matrimonios desquiciados que ya no desean continuar con su vida de consuno.

VIII.CONCLUSIONES

En éste trabajo investigación se dejó al descubierto la gran problemática que hoy en día se plantea en nuestros tribunales de familia, cuando el cónyuge inocente interpone su pedido de indemnización contra el cónyuge culpable por el daño ocasionado a éste en una situación de divorcio vincular, figura legal en la cual dos personas toman la decisión de romper el vínculo matrimonial que los une.

Cuando analizamos la procedencia de ésta indemnización apuntamos que gran parte de la doctrina de la ciudad de Córdoba se adhiere a la tesis positiva haciendo de ésta manera absolutamente viable la procedencia de la reparación de los daños tanto moral como patrimonial en un divorcio vincular.

Una cuestión mucho más controvertida en nuestro sistema judicial, es la de la competencia que se asigna a los Tribunales de Familia, cuando se plantea el pedido de resarcimiento a favor de uno de los cónyuges por el daño ocasionado con culpa del otro.

Advertimos que en la ciudad de Córdoba el Fuero de Familia fue creado con la imperiosa necesidad de poder dejar establecido un ámbito que sea adecuado para el tratamiento de los todos aquellos problemas que se deriven de las relaciones familiares, así mismo, este fuero exclusivo en derecho de familia se creó con un fin más que concreto; que es dar a las partes que allí concurran, la oportunidad de que su pedido no sea demorado, otorgándole celeridad e inmediatez a la solución de su conflicto.

Razonamos de acuerdo a lo analizado, que nuestra realidad jurídica nos revela que los Jueces con competencia en el Fuero de Familia solo atienden de modo excepcional cuestiones patrimoniales plasmadas en los divorcios que allí se plantean.

Por otro lado; deducimos con nuestro estudio exhaustivo de la Ley del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba, Ley N° 7.676, que la misma posee un vacío legal sobre las cuestiones de procedencia de indemnización del daño moral y competencia de los jueces de éste fuero, dejando a la merced de dichos jueces la decisión de atender la causa solo en la cuestión de la ruptura del vínculo matrimonial y desentenderse de la acción patrimonial que pueda surgir de la causa planteada, derivándola así a los tribunales civiles, generando de tal modo un conflicto de competencia negativa entre el Fuero de Familia y los Tribunales Ordinarios.

Sin dejar de mencionar que los Jueces de los Tribunales Civiles también se declaran incompetentes y termina avocándose el Tribunal Superior de Justicia, quitándole a las partes intervinientes en el pleito, los pilares fundamentales inherentes a todo proceso judicial (celeridad, inmediatez y economía procesal). Como corolario de lo narrado cabe destacar que se produce un conflicto de competencia negativa.

Una vez planteado éste conflicto donde los magistrados solo declinan competencia, advertimos que lejos de llegar a cumplir el objetivo principal con el que se creó el fuero de familia, se produce un gran alejamiento de los fines perseguidos por el legislador cordobés al momento de crear este tribunal especializado y exclusivo.

Inferimos en nuestro trabajo de grado que la reparación de los daños emergentes en una causa de divorcio vincular es absolutamente viable en nuestra doctrina (Belluscio, Zanonni) y jurisprudencia.

Además sostenemos que la indemnización por los daños morales ocasionados por el divorcio vincular como figura legal del derecho de familia

en ningún caso puede suponer una traba al principio de libertad personal, el cual se haya tutelado por la Constitución Argentina. Es así que juega un papel fundamental la interpretación que se predique de los deberes conyugales a la luz del principio de igualdad y de los demás principios y valores constitucionales.

El resarcimiento del daño moral sólo se debería admitir cuando resulten lesionados aquellos derechos fundamentales o aquellos principios básicos que se identifican, no solamente con la culpa del cónyuge que ocasiona el divorcio, sino también con el quebrantamiento mismo del vínculo matrimonial.

Compartimos la opinión doctrinaria que se haya a favor de la conveniencia en admitir, un tribunal especializado que puedan entender cuestiones patrimoniales accesorias a los conflictos conyugales, opinamos que se facilitaría al descongestionamiento de la administración de justicia en los Tribunales Ordinarios, así como también a suprimir juicios inútiles, además el hecho de poder resolver de manera rápida y concreta las cuestiones de familia que traigan anexas cuestiones patrimoniales sin necesidad de que los Jueces del Fuero de Familia declinen su competencia.

Sugerimos con nuestra investigación íntegra del Fuero de Familia, que si los mismos jueces con competencia en este fuero de excepción entendieran aquellas causas de contenido patrimonial que son accesorias a las cuestiones de familia, de esta manera se evitaría el desgaste innecesario del órgano jurisdiccional (Tribunales Civiles).

Como reflexión final, estaríamos en condiciones de afirmar que si no se planteara el conflicto negativo de competencia entre los magistrados de ambos fueros (civiles y de familia), no solo se podría de ésta manera cumplir

fielmente con los principios de celeridad, inmediatez y económica procesal, sino que además estaríamos evitando la pérdida de tiempo y dinero a los cónyuges que pretenden su divorcio como así también la compensación de los daños ocasionados por éste, sino que además evitaríamos poner en movimiento el órgano jurisdiccional.

En cuanto al proyecto de modificación del Código Civil en materia de divorcio vincular, creemos que las modificaciones que se proponen en este proyecto tienen establecido procurar un mayor equilibrio en la rigidez que existe hoy por hoy entre autonomía de la voluntad y orden público, precisamente al momento de la ruptura del matrimonio, para que pueda realizarse de modo pacífico y menos traumático.

A partir de la reforma de la ley de divorcio, se podrán reclamar los daños y perjuicios que emerjan de la condición de la persona. Se admitirá la indemnización de los daños ocasionados por el cónyuge culpable. Queda claro que no serán admisibles los reclamos de daños con causa en el vínculo matrimonial ni en los deberes conyugales, ya que los mismos no son coercibles.

Somos partícipes de que en los últimos años la evolución jurisprudencial en cuanto a la aplicación del derecho de daños en el derecho de familia han abierto paso al debate y proyección sobre la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en materia familiar, y en especial en la figura del divorcio vincular. Es así que se presenta el proyecto de modificación del Código Civil y puntualmente en materia de divorcio se regula a demás de las formas, el proceder de los reclamos de daños y perjuicios dentro de dicha figura legal.

Estamos a favor de reconocer que la reparación de los daños dentro del divorcio es posible absolutamente. Compartimos la opinión de grandes autores como Belluscio, Zanoni y Sambrizzi acerca de la reparación de los daños producidos en el ámbito de un divorcio. Ya que creemos que los hechos constitutivos del divorcio, pueden provocar tanto daño moral como patrimonial, siempre que se demuestre que tales perjuicios se encuentran conectados en grado de causalidad a aquellos acontecimientos que provocaron el divorcio de la pareja.

Analizamos que con el proyecto de reforma del Código Civil, a partir de la modificación de la ley que regula el divorcio, se codificará de manera expresa la procedencia de la reparación de los daños en el divorcio, ya que creemos que las causales de divorcio son verdaderos hechos ilícitos. Además el matrimonio no es un coto impenetrable para el derecho de daños, no es justo otorgar a uno de los cónyuges, simplemente por ser parte de la comunidad matrimonial, el derecho de poder dañar sin responsabilidad.

La Constitución Nacional protege como norma de rango superior, la vida, la integridad física y psíquica de las personas, etcétera, sin hacer mención de la relación entre las mismas. Es por eso que con la ley del divorcio reformada, se estará cumpliendo con las normas constitucionales, sin tener que ingresar en la órbita de la discusión de si el derecho de daños puede ser aplicado en el derecho de familia.

Por último, insistimos que en el proyecto de reforma del Código Civil en materia de divorcio no apunta a la responsabilidad de los daños como efecto del divorcio en sí mismo, sino que procederá el reclamo y la indemnización cuando los daños que ocurran en un divorcio, configuren los

presupuestos de la responsabilidad civil, de este modo no se trataría de una acumulación de reparaciones del mismo hecho sino que de consecuencias distintas con reparaciones independientes. Estamos de acuerdo con este punto del proyecto de modificación del Código Civil, en materia de divorcio.

Sin apuntamos nuestra mirada a nivel macro, advertimos que en el proyecto de modificación de la ley que regulará el divorcio la tendencia es la de garantizar la libertad de cada uno de los cónyuges eliminando las causales subjetivas para acceder al divorcio, sumando nuevas alternativas para la solución de conflictos conyugales, con base en el diálogo y el acuerdo de las partes.

El cambio en la legislación sobre extinción del vínculo matrimonial (divorcio) es inminente, ya que la doctrina (Zannoni (2006), Belluscio (1987)) y la jurisprudencia se amplía cada vez más al respecto. Importantes autores de la materia como los mencionados están de acuerdo que esta evolución, no es ni más ni menos que reconocer que el matrimonio se sostiene por el afecto y una vez desaparecido éste, la coerción al cumplimiento de deberes bajo el temor de una sanción no es el mejor camino. Con esta modificación se da por terminada la conflictiva relación entre el divorcio y el derecho de daños.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- BELLUSCIO, A. (1987). *Manual de derecho de Familia* (5ª Ed.). Buenos Aires: Depalma.
- BELLUSCIO, A. (2006). *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia* (2ª Ed. Actualizada). Buenos Aires: Hammurabi.
- BERTOLDI DE FOURCADE, M. (1996). *Clases de Derecho Civil. Parte General. Persona – Acto Jurídico – Responsabilidad Civil*. Córdoba: Advocatus.
- BORDA, A. (1993). *Tratado de Derecho Civil, Familia* (2ª Ed.). Buenos Aires: Perrot.
- BOSSERT, G. y ZANNONI, E. (1988). *Manual de derecho de Familia* (5ª Ed. Actualizada, 2ª Reimpresión) Buenos Aires: Astrea.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (9ª Ed.). Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- FERRER, F. (1996). *Resarcimiento de daños en la separación personal y en el divorcio*. *Revista de derecho privado y Comunitario*, 12(1.12) 303-345.
- FERREYRA DE LA RUA, A. y BERTOLDI DE FOURCADE, M. (1999). *Régimen Procesal del Fuero de Familia* (1ª Ed.). Buenos Aires: Depalma.
- FERREYRA DE LA RÚA, A. y RODRIGUEZ JUAREZ, M. (2009). *Manual de derecho procesal civil I* (1º Reimpresión). Córdoba: Alveroni.
- OSSOLA, A. (2007). *Fuero de Familia de Córdoba*. (2º Ed. Actualizada y Ampliada). Córdoba.

- PALACIOS, L. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. (5° Ed. Actualizada). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- SAMBRIZZI, E. (1999). *Separación Personal y Divorcio* (2ª Ed.). Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- VENICA, O. (2007). *Derecho de Daños – Daños en el Derecho de Familia, Procedimiento* (2ª Ed.). Buenos Aires: La Roca.
- ZANONNI, E. (2006). *Tratado de Derecho de Familia* (5° Ed.). Buenos Aires: Depalma.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999). *Resarcimiento de Daños. Tomo 4. Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

Jurisprudencia:

- “S.L y otros s/ Separación personal” Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, AR/JUR/45623/2010.
- “G., G.G. c. B. de G., S.M. s/ Daño moral” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, AR/JUR/3477/1994.
- “H. P. P de L. c. G. I. A. s/Daño moral” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I., AR/JUR/1222/2005.
- “C., R c. D. P., E. M. s/ Daño moral” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C., AR/JUR/185/2005.
- “O., C. c. M. M., O. D. s/ Divorcio” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A., AR/JUR/21530/2008.

Legislación:

- Código Civil Argentino.
- Código Penal Argentino. Artículo 34.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba,

Ley N° 8465.

- Ley de Creación del Fuero de Familia de la ciudad de Córdoba,

Ley N° 7675.

- Ley Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba, Ley N° 7676.
- Ley Nacional Argentina N° 23.515. Divorcio Vincular.
- Ley Nacional de Profilaxis. Ley N° 12.331.
- Ley de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar.

Ley N° 13.994.

- Ley Nacional de Ampliación de la Capacidad Civil de la Mujer.

Ley N° 11.357.

- Ley Nacional del Nombre. Ley N° 18.248.