

# **DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO.**

**José Javier Caridi.**

**2014**

**Abogacía**

## **I Resumen en Castellano:**

El trabajo realizado tiene por objetivo determinar, si en el caso de un divorcio se puede aplicar la indemnización del daño moral a favor del cónyuge inocente, para la cual se transcriben los conceptos de divorcio y de daño moral y a partir de ahí, se comenzó a analizar las diferentes causales de divorcio y de tesis; que aceptan o no la reparación del daño moral, como también la propia evolución del divorcio en argentina.

También se analizó lo más importante de la doctrina y la jurisprudencia, ya que las mismas, no son uniformes sobre el tema en cuestión, especialmente el fallo plenario de 1994, que nos establece que por voto de la mayoría es aplicable el daño moral como indemnización en el divorcio y por último se tomó el proyecto de reforma que nos va a cambiar la regulación del divorcio y los efectos del mismo dejando un gran diferencia entre el vigente actual con el que está por entrar en vigencia.

## **Abstract:**

The work aims to determine, if in the event of a divorce can be applied for compensation for moral damages in favor of the innocent spouse, for which the concepts of divorce and moral damages and thereafter transcribed, it began analyze the different grounds for divorce and thesis online or compensation for moral damage, as well as the evolution of divorce in Argentina.

Also analyze the most important of the doctrine and jurisprudence, as the same, are not uniform on the subject matter, especially the 1994 plenary judgment, we established that majority voting applies moral damages as compensation in divorce and finally the reform bill that is going to change the regulation of divorce and its effects leaving a big difference between the actual force with which this will take to enter into force.

**NDICE:**

**I. Introducción.....Pág. 5**

**II. Objetivo Generales y Específicos.....Pág. 6**

**Capítulo 1: Consideraciones generales.....Pág.7**

1. El Divorcio
  - a. Concepto.
  - b. Distintas Causales. Conceptos. Distinción.
2. El Daño Moral.
  - a. Concepto.
3. Reparabilidad del daño moral.
  - a. Tesis Negativa
  - b. Tesis Positiva
    - 1- Doctrina de la Pena o Sanción Ejemplar
    - 2- Doctrina del Resarcimiento del Daño Moral

**Capítulo 2: Problemática del daño Moral en el Divorcio.....Pág.16**

1. Reparación del daño moral en el divorcio
  - a. Doctrina
    - 1- Doctrina que niega que el daño moral sea reparable
    - 2- Doctrina del Resarcimiento del daño moral en consecuencia del divorcio
  - b. Jurisprudencia.

**Capítulo 3: Regulación en el ordenamiento Argentino.....Pág. 21**

1. Evolución Histórica en Nuestro Ordenamiento

**Capítulo 4: Análisis Fallo Plenario Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial,  
"G., G.G. c/ B. de G., S.A.", fecha 20 de setiembre de 1994.-----Pág. 23**

1. Posición Mayoritaria
2. Posición Minoritaria

**Capitulo 5: Análisis del nuevo Proyecto del Código Civil 2012.-----Pág. 28**

1. Análisis del Proyecto de Reforma
2. El Divorcio en el Proyecto de Reformas de Código Civil
  - 1.- Legitimidad
  - 2.- Daños y Perjuicios derivados del divorcio
  - 3.- El Procedimiento del Divorcio
  - 4.- Efectos del Divorcio
    - a.- Compensación Económica
    - b.- Atribución de la vivienda
    - c.- Alimentos
3. El daño Moral en el Proyecto de Reforma.

**Conclusión.-----Pág. 38**

**Bibliografía.-----Pág. 41**

## **Introducción.**

El trabajo realizado tiene como finalidad, establecer si aquel cónyuge hallado culpable en el divorcio, se le aplica la reparación de daño moral. Es necesario hacer mención que el tema bajo investigación actualmente se encuentra siendo debatido en el Congreso de la Nación, toda vez que dichas causales van a desaparecer del articulado de la ley madre, por ello se abordará el proyecto de reforma y por tal motivo se analizará la situación anterior como posterior a la misma, ya que hace al eje central del trabajo realizado.

Este trabajo tiene como pilares cuatro grandes ejes, el primero de ellos relativo a las definiciones con respecto a lo que es divorcio, daño y lo que es reparación del mismo. En el segundo eje se tomará en cuenta el posicionamiento doctrinario de nuestro ordenamiento, que en la actualidad se encuentra dividido, ya que algunos lo consideran susceptibles de reparación por la ilicitud, siempre y cuando esta causal presente un daño en lo más íntimo de la cónyuge afectado. El tercer eje, se caracteriza por los diversos fallos donde se analizarán principalmente el fallo plenario de la Cámara Civil de Apelaciones donde, por voto mayoritario, se observó una gran tendencia a la admisibilidad de la reparación de esta causal como daño moral. Por último se dedicará un capítulo al nuevo proyecto de reforma de nuestro Código Civil.

Como ya mencioné, el proyecto de reforma del Código Civil del año 2012, va a cambiar la regulación del divorcio y los efectos del mismo, marcando una gran diferencia con el régimen vigente. Por ello, es necesario mencionar que en dicho proyecto desaparecen las causales subjetivas que se encuentran actualmente contempladas en el artículo 202 del Código Civil, por lo que será de vital importancia al presente trabajo, a los fines de adaptar los contenidos teóricos prácticos y así intentar evitar una situación injusta para quien lo padece en caso de desaparecer dichas causales subjetivas.

## **Objetivos Generales y Específicos**

### **A. Objetivo General:**

- Analizar la aplicación de la reparación del daño moral como consecuencia del divorcio.
- Comparar el sistema vigente con el nuevo proyecto de reforma en materia de divorcio y daño moral.

### **B. Objetivos Específicos:**

- Analizar el concepto de daño moral a través de las diferentes posturas doctrinarias.
- Describir su evolución histórica.
- Establecer una comparación de los conceptos doctrinarios en materia de daño moral en el divorcio.
- Analizar cómo recepta la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito de nuestro ordenamiento sobre el daño moral en el divorcio.
- Comparar las diferentes posturas doctrinarias.
- Analizar el encuadre jurídico del daño moral en el divorcio receptado por nuestra jurisprudencia.
- Distinguir la falta de legislación vigente sobre daño moral en el divorcio.
- Comparar los diferentes proyectos en materia de daño moral en el divorcio.
- Identificar las modificaciones sustanciales del proyecto 2012 en materia de divorcio.
- Analizar las diferencias entre el código vigente y el actual proyecto de reforma en materia de divorcio y daño moral
- Analizar la eliminación de causales del proyecto de reforma.

## **Capítulo 1: Consideraciones generales.**

### **1. El Divorcio**

#### **a. Concepto.**

En primer lugar daremos una definición doctrinaria de divorcio que “*es la disolución del matrimonio válido en la vida de los esposos, y habilita a los divorciados para contraer nuevas nupcias*”<sup>1</sup> y de la cual debemos distinguir de la separación personal “*que consiste en la cesación de la obligación de cohabitar, sin que desaparezca el vínculo matrimonial.*”<sup>2</sup>. Es muy importantes distinción porque en nuestro país se admiten ambas.

#### **b. Distintas Causales. Conceptos. Distinción.**

Las causales para pedir el divorcio vincular son tres:

##### 1.) Por culpa del otro cónyuge (Art. 214 Inc. 1 CC):

Este artículo lo remite al artículo 202 CC, donde uno de los cónyuges podrá pedir el divorcio cuando el otro incurra en algunos de los siguientes hechos: 1ro. El adulterio; 2do. 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; 3ro. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4to. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5to. El abandono voluntario y malicioso.

Para que proceda el divorcio por culpa deben darse los siguientes requisitos:

Que el hecho sea grave: que torne la imposibilidad de estar juntos

Que el hecho sea imputable: que el agravio sea cometido con culpa o dolo

---

<sup>1</sup> Belluscio, 2009, Pág. 435

<sup>2</sup> Belluscio, 2009, Pág. 435

Que se invocados por el cónyuge agraviado: no por quien lo cometió

Que sea posterior a la celebración del matrimonio: no puede invocarse por hechos anteriores a la celebración del matrimonio.

Ahora bien una vez mencionados los hechos y los requisitos necesarios para que proceda el divorcio por culpa se detallara a cada uno:

A- Adulterio:

*“Es la unión sexual de uno de los cónyuge con un tercero.”*<sup>3</sup> Esto quiere decir que el adulterio viola el deber de fidelidad, pero para que esto exista es necesario la unión sexual, porque cualquier otra violación de fidelidad debe encuadrarse como injurias graves. En esta causal debemos encontrar dos elementos fundamentales que son: el elemento material y el elemento intencional, no existiendo estos dos elementos la misma no es imputable a aquel cónyuge que es culpable. Para la prueba del adulterio es necesario *“acreditarlo mediante presunciones graves, precisas y concordantes”*<sup>4</sup>. Estas tienen que ser convincentes y excluir toda duda que exista sobre los hechos, en caso de duda debe darse por no acreditado.

B- 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:

*“Esta causal supone la intención de provocar la muerte del cónyuge o de los hijos, por consiguiente, no se configura si se trata de un delito culposo ni tampoco si solo hay intención de solo herir.”*<sup>5</sup> Todas otras circunstancias relevantes como producir lesiones, herir, actos preparatorios, desfiguración de rostro, no alcanzan a configurar la tentativa contra la vida, ya sea del cónyuge o de sus hijos y deben ser considerados como injurias graves.

---

<sup>3</sup> Belluscio, 2009, Pág. 446.

<sup>4</sup> Belluscio, 2009, Pág. 447

<sup>5</sup> Belluscio, 2009, Pág. 448



C- La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos:

*“Para la sanción civil basta con la mera incitación, que es de por sí un acto ofensivo e injurioso.”*<sup>6</sup>, en esta causal de culpa no es necesario el juzgamiento penal, debe ser de un grado que exponga bajo amenaza o presión a que el otro cónyuge cometa algún tipo de delito.

D- Las injurias graves:

*“Consisten en las palabras, actitudes o hechos de uno de los cónyuges que importan un agravio para el otro”*<sup>7</sup>. Estas deben agraviar el honor, la dignidad o la reputación del otro cónyuge. Las injurias pueden clasificarse de diferentes formas tanto directas como indirectas, verbales o escritas como positivas o negativas como la mera inacción de un hecho.

En este inciso establece que para apreciar las injurias graves el juez tomara en consideración la educación, la posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

Para el caso presente podemos nombrar algunas de las injurias graves que pueden presentarse como causal por culpa de divorcio y estas serian: Abusos de un cónyuge sobre el otro, acciones judiciales, actitud impropias de la condición de casados, acusaciones y denuncias penales y policiales, correspondencia injuriosa, por cuestiones patrimoniales (permitir desalojo por falta de pago), cuestiones sexuales (Contagio de enfermedades), deficiencia de carácter (permanecer meses en silencio), cometer delitos (injurias y calumnias), desconsideración, desacreditación al cónyuge, enfermedades, falta de aseo, imputaciones, incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, incumplimiento del deber de asistencia, incumplimiento del deber de fidelidad, injurias verbales-insultos, injurias vertidas por escritos,

---

<sup>6</sup> Belluscio, 2009, Pág. 449

<sup>7</sup> Borda, 2009, Pág. 209

injurias vertidas en juicios, opiniones y creencias, relaciones con parientes (vivir en la casa de su familia), vejaciones (celos inmotivados), violencia y vicios.

E- El abandono voluntario y malicioso:

*“Es el alejamiento de uno de los cónyuges, con animo de sustraerse a las obligaciones que nacen del matrimonio, en particular las de cohabitación y asistencia”*<sup>8</sup>. En esta causal prevista debemos tener en cuenta que el simple hecho material de la ausencia o del propio alejamiento no basta para constituirlo como causal de divorcio, este va a requerir de dos elementos esenciales para la que sea imputable al propio factor moral y estos son la malicia de la acción y la voluntad del cónyuge de realizarlo. Hay que hacer la distinción que no existirá abandono voluntario y malicioso, cuando exista causa que así lo justifique como la expulsión del hogar.

2.- Separación de Hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con el alcance y la forma prevista en el Art 204 Inc. 2 CC.

En esta causal dispone que cualquiera de los cónyuges, incluso el propio culpable pueda invocar la demanda de divorcio por separación de hecho una vez transcurrido tres años de haber interrumpido la cohabitación sin voluntad de unirse.

Es necesario para poder invocar esta causal, cumplir con una serie de requisitos:

A: Que interrupción de la cohabitación debe ser continua, esto quiere decir que no convivan y que el plazo debe contarse desde que cesó la cohabitación.

B: Que no exista la voluntad de de unirse, esto se refiere a que por lo menos uno de los cónyuge debe mantener la decisión de no cohabitar con el otro.

---

<sup>8</sup> Borda, 2009, Pág. 211

### 3- Presentación Conjunta:

Art 215 CC: *“Transcurrido tres año del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causa graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular...”*

Al igual que en la separación personal por presentación conjunta, para poder invocar esta causal debemos reunir tres requisitos:

- 1º Que ambos cónyuges estén de acuerdo y que se presente antes el juez competente.
- 2º Que ambos reconozcan que existen causa graves que hacen moralmente la convivencia.
- 3º Que el matrimonio tenga como mínimo tres años de celebrado.

## 2 El Daño Moral.

### a. Concepto.

Continuando con el análisis, en este sentido mencionaré una de las definiciones de daño moral, “*Una modificación disvaliosa en el espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial.*”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 641, 2007

### 3. Reparabilidad del daño moral.

Sobre la Reparabilidad del Daño moral debemos Hacer foco en diferentes tesis, y así poder saber los distintos fundamentos por los cuales fue transitando la Reparabilidad del daño moral.

#### a. Tesis Negativa

Niega que el daño moral sea reparable, esta gozo de cierta imposición en el siglo XIX y a comienzo del siglo XX.

A esta tesis debemos verla de diferentes puntos de vista.

Comenzaremos por el jurídico, “...*el cual niega la reparación del daño moral porque existiría un enriquecimiento indebido por parte de la victima, el cual seria contrario a los principio del de la responsabilidad civil. Como también que no existen parámetros exactos de los cánones pecuniarios y esto quedaría a la discrecionalidad del juzgador, el hecho daría que el juez no podría conceder una reparación en forma exacta, ya que la suma no es posible de valorar. Este punto de vista la rechaza a la indemnización del daño moral ya que su incorporación traería como consecuencia el enriquecimiento sin causa por parte de la victima...*”<sup>10</sup>

Tomando otro de los puntos en relevancia debemos hablar de lo Ético, que sostiene “...*que es inmoral poner precio al dolor o discutir el propio valor de nuestros afectos. Esto sería escandaloso y repugnaría el propio sentido moral de la persona, admitir que el dinero pueda comprar el dolor, haría caer en un grosero materialismo lamentable de la persona...*”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 672, 2007

<sup>11</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 674, 2007

A este punto lo podemos relacionar con el aspecto Religioso, “...en el cual la reparación del daño moral traería implícita la negación del orden sobrenatural, en el cual pondríamos precio a todos los ordenes de la propia felicidad de los hombres, como así a sus propios valores que serían puramente terrenales. Esto le permitiría a quien personalmente lo sufre enriquecer sus virtudes y templar su propio espíritu, esperando el momento de presentarse ante Dios. Este dolor en la vida del hombre trae aparejado la perfección de la moral y una gran virtud como la penitencia...”<sup>12</sup>

#### b. Tesis Positiva

En tesis es dable la reparación del daño moral. La cual debemos dividirla en dos posturas claramente diferente entre si, pero que aceptan la propia reparación del daño.

##### 1.- Doctrina de la Pena o Sanción Ejemplar:

Esta toma como punto de partida que los daños producidos dolosamente no deben quedar sin producir consecuencia jurídica, “...Esta concepción no se enfoca en la protección de la víctima y en el menoscabo producido por la propia lesión, sino el castigo a la conducta dolosa del autor del daño...”<sup>13</sup>.

Esta sanción ejemplar debe realizarse para que no quede impune el hecho ilícito que ha sufrido la víctima que le han ocasionado un daño moral.

Los autores que siguen esta postura hacen una interesante diferencia entre el Propio daño moral, que sería la lesión a los sentimientos de la propia persona, y el agravio moral, que consistiría en una lesión intencionada. Tomando este último como el único resarcible.

---

<sup>12</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 675, 2007

<sup>13</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 677, 2007

## 2.- Doctrina del Resarcimiento del Daño Moral:

Esta es la tendencia admitida en el derecho, por su carácter netamente resarcitorio del propio daño moral. “...*Esta concepción, que brinda una respuesta justa, equitativa, libre de preceptos y acorde con las nuevas fronteras que transita la responsabilidad civil...*” <sup>14</sup> .

Nos propone que la reparación del daño moral debe ser realizada con un sentido resarcitorio, ya sea que provenga de distintos tipos de conducta, tanto culposa, riesgosas y dolosas.

El dinero tiene una función de equivalencia o corrección del desequilibrio, es netamente satisfactiva, es para dar una respuesta razonable a un daño de esa naturaleza a través de la compensación.

“...*El daño patrimonial o moral, siempre deben medirse de manera objetiva por lo que Es, por su entidad cualitativa y cuantitativa, que generalmente no varía en función de la mayor o menor malignidad que pueda asumir la conducta del dañador...*” <sup>15</sup> .

---

<sup>14</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 678, 2007

<sup>15</sup> Pizarro-Vallespinos, Tomo II, Págs. 678, 2007

## **Capítulo 2: Problemática del daño Moral en el Divorcio.**

### **Reparación del daño moral en el divorcio**

#### **A. Doctrina**

Al analizar el reclamo de una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio corresponde interrogar, si la acreditación de las causales de divorcio culpable, atribuida a alguno de los cónyuges, es o no es suficiente para generar un derecho a la reparación moral a favor del otro. Así mismo, la doctrina en la actualidad se encuentra dividida.

##### 1 Doctrina que niega que el daño moral sea reparable.

Dentro de la doctrina que niega que el daño moral sea reparado encontramos a diferentes autores de los cuales podemos mencionar a Borda, Llambias, Cifuentes, Bibiloni, entre otros. Estos se oponen por diferentes argumentos, remitiéndonos a la siguiente expresión doctrinaria “*La causa del divorcio como tal, no tiene por qué constituir causa de un resarcimiento de orden económico*”<sup>16</sup>.

Hay que tener en cuenta que de los motivos por cual se fundan para negar la reparación del daño moral encontramos: La propia especialidad de la norma del derecho de familia, la falta de legislación en materia de los daños derivados del divorcio como también en las nulidades y hacer lugar a la indemnización por daño moral traería como consecuencia la disminución de celebraciones matrimoniales. Por estos tipos de motivos los autores niegan dicha responsabilidad de daño moral.

Podemos comenzar diciendo que un importante sector de la doctrina considera que el daño moral no debe ser indemnizado, ya que “*considerar que el divorcio*

---

<sup>16</sup> Borda, 13ª. Ed. 2009. Pág. 236



*constituye por si mismo fuente de daños extrapatrimoniales que son susceptible de resarcimiento pecuniario pasa por alto no solo ya la naturaleza especialísima de la relaciones de familia en general, y de la matrimoniales en particular, sino primordialmente, una circunstancia relevante y computable, que entiendo, la mayor parte de la doctrina tiende a valorar que es que el divorcio no es fuente de daño; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial.”*<sup>17</sup>

## 2. Doctrina del resarcimiento del daño moral en consecuencia del divorcio.

Encontramos diferentes autores que aceptan la reparación del daño moral de los cuales podemos distinguir: Belluscio, Zannoni, Salas, Barbero, Mossett Iturraspe, Medina, entre otros. Por ello podemos mencionar la siguiente expresión: *“Si además de estar comprendido en las previsiones del Art. 202 ocasionan un daño al otro cónyuge, dan nacimiento a repararlo. Nada hay de inmoral en tal reparación, pues no se trata de obtener un beneficio sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los actos propios de éste, sea indirectamente como consecuencia de la separación o del divorcio. La reparación debe incluir, naturalmente el daño material, así como también el daño moral.”*<sup>18</sup>.

Como consecuencia de la misma estos afirman que es valido la reparación del daño moral ya que, si bien existe un principio de especialidad en el derecho de familia, no es justificativo para violar el principio jurídico de no dañar a otro, ya que el mismo posee jerarquía de rango constitucional, este esta contenido en el articulo 19 de la constitución nacional, Implícitamente protege la integridad tanto física o síquica de la persona humana como su propia dignidad.

Hay que dejar en claro que el propio derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a si mismo, por ende para poder solucionar conflictos debe incurrir y aplicarse los principios generales del derecho civil.

---

<sup>17</sup> MEDINA GRACIELA. (1999). Revista de Derecho de Daños. Daño Moral Tomo 6, Páginas 85.

<sup>18</sup> Belluscio, 2009, Pág. 513

Con la falta de legislación sobre el daño moral en el divorcio podemos mencionar “...Como el régimen de las nulidades matrimoniales se basta a sí mismo, no como el resto del derecho de familia, podía entenderse necesario que el legislador impusiera explícitamente la responsabilidad por daños. Pero en el resto del derecho de familia, por no ser un régimen autosuficiente, se aplican los principios generales de la responsabilidad civil. Ello sería pretender que solo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, lo que es inadecuado a nuestro sistema legal Art. 1109 CC...”<sup>19</sup>.

Tomando en cuenta el motivo de la disminución del matrimonio podemos mencionar que “...No es eximente de la responsabilidad civil la posibilidad de que otras personas no se casen. No es aceptable que estando dados los presupuestos de la responsabilidad civil, se exima al responsable porque existan personas que lean el precedente y asustadas no se casen. Esta forma de razonar es propia de la common law, donde los jueces pueden crear la figuras de ilícitos indispensables o rechazarlas con fundamento sociológicos o de política jurídica, pero impropia de nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánico donde los magistrado han de atenerse al plexo positivo.”<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> MEDINA GRACIELA. (1999). Revista de Derecho de Daños. Daño Moral Tomo 6, Páginas 81

<sup>20</sup> MEDINA GRACIELA. (1999). Revista de Derecho de Daños. Daño Moral Tomo 6, Páginas 83

## **B. Jurisprudencia.**

Ahora bien, siguiendo con la evolución jurisprudencial, hay innumerables fallos que aceptan y otros que rechazan el daño moral, surgiendo de ellos expresiones como las que a continuación transcribiremos:

El voto del Dr. Galmarini, En el fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A, *“Estimo que cuando alguno de los esposos ha adoptado una actitud culpable capaz de generar hechos que trascienden lo que es común a la vida matrimonial, aun en sus aspectos negativos, que excedan el amparo específico del derecho de familia, provocando un daño moral cuya entidad se desprenda de los hechos debidamente comprobados y cuando se reúnan a los presupuestos de la responsabilidad civil por hechos ilícitos, es susceptible de ser reparado el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”*<sup>21</sup>

Al respecto, la Dra. Delfina M. Borda, En el fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A votó *“la especialidad del derecho de familia, la ausencia de una norma que admita la indemnización de daños en esta materia y lo cuestionable que es la noción de culpa en el divorcio, son para mí los argumentos fundamentales para apoyar la tesis negativa.”*<sup>22</sup>

Por su parte, la Dra. Medina en el fallo R. de H., S. c. H., J. C. s/daños y perjuicios, bajo título: VI. Daño moral por el abandono, en su voto: *“Considero que sufre un daño moral la mujer que es abandonada por su marido, y que tiene que hacer frente sola a los acreedores de su cónyuge. Estimo que el daño moral en este caso está configurado por las angustias y sinsabores que necesariamente le deben haber producido el tener que soportar las angustias y sinsabores de los requerimientos de pago realizados en el domicilio conyugal, domicilio que cómoda y maliciosamente el demandado había abandonado.”*<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

<sup>22</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

<sup>23</sup> fallo R. de H., S. c. H., J. C. s/daños y perjuicios

Por otro lado, el Dr. Luis Álvarez Juliá manifestó en el fallo O, A. M. N. C/ M., H. D.: *“Si bien el fallo plenario dictado por esta Cámara Civil el 20 de septiembre de 1994 en autos “G., G.G. c/ B. de G., S.A.” (public. en L.L. 1994-E-538, E.D. 160-162 y J.A. 1994-IV-549), sentó la doctrina que, en nuestro derecho positivo, es susceptible la reparación del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, su procedencia no es automática, sino que conforme se lo señaló en el voto de la mayoría, debe quedar supeditado a las peculiaridades de cada caso según el análisis de los elementos de juicio que se aporten, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que uno de ellos alega.”*<sup>24</sup>

La Dra.: Liliana E. Abreut de Begher en el fallo B. R. E c/ F. C. M. s/ divorcio en su voto dijo: *“el esposo que abandona el hogar conyugal es quien tiene a su cargo demostrar las causas legítimas y valederas del alejamiento y así desvirtuar la presunción de voluntariedad y malicia que pesa sobre su acción. En principio, resulta voluntario y malicioso el abandono del hogar conyugal en que incurrió el esposo (Art. 202, Inc. 5, Cód. Civil), si no se aportó ninguna prueba que acredite la existencia de causas graves que tornaban imposible la convivencia.”*<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> fallo O, A. M. N. C/ M., H. D

<sup>25</sup> fallo B. R. E c/ F. C. M. s/ divorcio

## **Capítulo 3: Regulación en el ordenamiento Argentino.**

### **Evolución Histórica en Nuestro Ordenamiento**

En el régimen del código civil argentino en una primera etapa existía únicamente el divorcio, pero este no disolvía el vínculo matrimonial, se llamaba divorcio a lo que hoy conocemos como la separación personal.

Este régimen variaba según si el matrimonio se celebrara con autorización de la iglesia, por el cual los jueces eclesiásticos eran los competentes sobre las causales de divorcio y los jueces civiles solamente entendían sobre los efectos civiles del propio divorcio que podemos mencionar los deberes y derechos de los cónyuges, la educación de los hijos etc... Ahora bien si la el matrimonio se celebraba sin la autorización de la iglesia eran los jueces civiles los que iban entender sobre las causales de divorcio y los efectos del mismo.

Con el dictado de la ley de matrimonio civil (2393) se siguió llamándose divorcio a lo que es separación personal o de cuerpos, con la diferencia que se admite el divorcio con culpa de algunos de los cónyuges, como un divorcio sanción, estipulas en el “...*Art. 67 Las causas de divorcio son las siguientes: Adulterio de la mujer o del marido; Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice; La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos; La sevicia; Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean, tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal; El abandono voluntario y malicioso...*” <sup>26</sup> .

En le año 1954 con el dictado de la ley 14.394 que si bien sigue llamando divorcio a la separación personal, estableció en la segunda parte del artículo 31 que “...

---

<sup>26</sup> Ley 2.393, BUENOS AIRES, 2 de noviembre de 1888, Ley de Matrimonio Civil.

*También transcurrido un año de la sentencia que declaro el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dicto pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieran manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a la constancia de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias. Cuando el divorcio se hubiera declarado con anterioridad a esta ley, el derecho a que se refiere el apartado precedente podrá hacerse valer a partir de los noventa días de la vigencia de la misma y siempre que hubiese transcurrido un año de la sentencia.”* <sup>27</sup> . Esta disposición entro en vigencia en el año 1955 pero fue suspendida un año mas tarde por el decreto ley 4070/1956.

Con el régimen de la ley 17.711 de 1968 no hay distinción entre el divorcio y la separación personal, pero con el artículo 67 bis se admitió el “divorcio por petición conjunta de los esposos”, cuando existieran causas graves que hicieran imposible la vida en común, es muy importante la incorporación de la ley 17.711, ya que en este artículo encontramos el divorcio remedio.

En el año 1987 con el dictado de la ley 23.515 se legislo el divorcio vincular y la separación personal. Con esta nueva ley deja en claro que el divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal y del vínculo matrimonial, adquiriendo para si nueva aptitud nupcial. Con la gran diferencia que en la separación personal solamente produce la disolución de la sociedad conyugal pero los esposos no adquieren capacidad nupcial.

---

<sup>27</sup> Belluscio, 2009, Pág. 431

**Capítulo 4: Análisis Fallo Plenario Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, "G., G.G. c/ B. de G., S.A.", fecha 20 de setiembre de 1994.**

El 20 de septiembre de 1994, la cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. Dictamina sobre el fallo "G., G.G. c/ B. de G., S.A.", la cuestión de, "Si en nuestro derecho positivo, es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio". Esta resolvió por mayoría la aplicación del daño moral, en le divorcio.

Para tal motivo se establecieron diferentes tipos de fundamentos para llegar a la aplicación del daño moral en el divorcio, para la cual tomaremos las diferentes posiciones que son la mayoritaria y la minoritaria.

**3. Posición Mayoritaria**

En forma impersonal la mayoría dijo *"...de los daños y perjuicios resultantes del divorcio, no tiene solución expresa en la legislación argentina. Tanto en el régimen del Código Civil, tal como fue concebido por Vélez Sársfield, como en el de la ley 2393 y en la ley 23.515 que derogara esta última existe una ausencia de norma concreta, en torno a la cuestión en análisis, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad de matrimonio. Respecto de ésta el primero acordaba derecho al cónyuge de buena fe a reclamar del de mala fe y de los terceros que hubieran provocado el error, los daños y perjuicios sufridos, a través del art. 234, la segunda lo hacía mediante los arts. 91 y 109 y la tercera lo hacen en el actual art. 225. La omisión legislativa acerca del tema de que se trata dio origen, en la doctrina y jurisprudencia, a corrientes antagónicas..."*<sup>28</sup>

Quienes adoptan la tendencia de la aceptación de la indemnización, se basan en el carácter general de las normas de la responsabilidad civil contenidas en los diferentes artículos, como por ejemplo: Art. 1077, 1109 del Código Civil, y en relación al daño moral en el Art. 1078, ya que causales del divorcio son tomadas como verdaderos actos ilícitos.

---

<sup>28</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

Si bien se debe realizar una distinción en cuanto a los perjuicios que van a ser reparables y de estos encontramos, los daños emergentes del divorcio en sí mismo, de aquéllos derivados de los propios hechos constitutivos de las causales de divorcio, el tema de la convocatoria sobre la decisión del tribunal debe tomar estos últimos para poder establecer una indemnización.

Sobre el tema se estableció “...Limitada la cuestión a la Reparabilidad de los daños morales vinculados con los hechos determinantes que llevaron al divorcio, considera esta mayoría que la ausencia de normas particulares en la materia no puede ser aducida para inhibir la indemnización. No puede evidentemente acudir al silencio en la regulación legislativa de los efectos del divorcio en el régimen legal vigente, para obstar a un resarcimiento que si bien tiene conexión circunstancial con el divorcio, en realidad se correlaciona con el acto ilícito que condujera a su declaración...”<sup>29</sup>

Otros de los fundamentos que tomo la postura mayoritaria fue “...El principio de especialidad que domina al derecho de familia, no constituye obstáculo para --frente al silencio de la ley-- por vía interpretativa, obviar principios de la responsabilidad civil como lo son las disposiciones expresas contenidas en los arts. 1077, 1078, 1109 y concs. Del Cód. Civil que, por su generalidad también son aplicables cuando de los hechos que dan lugar a divorcio, se deriva daños al cónyuge inocente. La satisfacción de la víctima del daño moral generado por los hechos que desencadenaron el divorcio, no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor, lo que explica que si se atiende a las finalidades indemnizatorias deba imponerse en forma paralela el correspondiente resarcimiento...”<sup>30</sup>

Si cualquiera de los cónyuges incurriera en alguna de las causales enumeradas por el art. 202 del Código Civil, estaría cometiendo un hecho ilícito, porque violaría los deberes derivados del matrimonio y que estos son susceptibles a la sanción civil del divorcio. Pero si este hecho ilícito, además causan un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existiría ningún tipo de impedimento para poder aplicar las sanciones propias del perjuicio ocasionando.

---

<sup>29</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

<sup>30</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A



Sobre lo cual el voto mayoritario estableció “...Es el Código Civil, que sanciona a quien viola un deber jurídico, sea dolosa o culposamente, con la obligación de resarcir el daño causado. Tales disposiciones, ante la ausencia de norma específica que excluye su aplicación, también forman parte del régimen jurídico que integra el derecho de familia...”<sup>31</sup>

Finalizando la posición mayoritaria nos establece lo siguiente “...En consecuencia, y si bien corresponderá al juzgador en definitiva analizar los elementos de juicio que presente cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que uno de ellos alega, este tribunal no encuentra obstáculo en el sistema legal vigente para la procedencia de su reparación. Por estas consideraciones, como doctrina legal obligatoria (art. 303) se resuelve: "En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio...”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

<sup>32</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

## 2. Posición Minoritaria

La minoría considera que el tema del plenario merece una respuesta negativa, por los siguientes fundamentos

En su conjunto nos dice “...*En primer lugar el derecho de familia se caracteriza por su especialidad, de ahí que sus normas, en gran medida, sean de orden público, imperativas en su mayor parte, lo que obsta a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad por daños. Además en materia de sanciones sólo deben aplicarse las específicamente admitidas por la ley, sin que por vía de analogía puedan utilizarse las previstas para otras situaciones jurídicas, de origen contractual o extracontractual, desde que ni el estado de familia, ni el de su pilar, el matrimonio, tienen tales linajes...*”<sup>33</sup>

Otros de los fundamentos dictaminado fue “...*Tanto en el Código Civil en su texto original (art. 234) cuanto en la ley 2393 (arts. 91 y 109) se previó la indemnización de los daños y perjuicios a cargo del cónyuge de mala fe en los supuestos de nulidad de matrimonio. La última norma admitió la reparación del daño moral en época en que el art. 1078 del Código (antes de la reforma de la ley 17.711) requería para obtenerla que se estuviese en presencia de un delito de derecho criminal. Si el legislador hubiese entendido que correspondía la reparación de los daños y perjuicios en el divorcio, sea por la aplicación de los principios generales sobre la responsabilidad civil, o por analogía con lo dispuesto por la citada ley de matrimonio civil, debió pronunciarse expresamente para concluir con la discrepancia. Sin embargo, al instaurarse el divorcio vincular con la sanción de la ley 23.515, se mantuvo una norma semejante para los efectos de la nulidad de matrimonio...*”<sup>34</sup>

La posición minoritaria toma las características de la institución del matrimonio, que son fundadas en el amor y la tolerancia recíproca entre los esposos y que de ningún modo se tendría que aplicar las normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por hechos ilícitos.

---

<sup>33</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

<sup>34</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

Dádonos su conclusión como “...*En suma, cabe concluir que el régimen de sanciones que determina el divorcio es autónomo tanto por la inexistencia de normas precisas y concordantes en otros dispositivos legales, como por la naturaleza propia y exclusiva de la regulación de la familia, por lo que no es dable sostener la aplicación de normas comunes de responsabilidad y condenar al culpable a una satisfacción pecuniaria que se añada a las sanciones que específicamente contempla la ley para tales conductas...*”<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> fallo plenario del 20 de septiembre de 1994 en autos "G., G.G. c/ B. de G., S.A

## **Capítulo 5: Análisis del nuevo Proyecto del Código Civil 2012.**

### **1 Análisis del Proyecto de Reforma.**

Hay que remontarnos en el tiempo y decir que a través de la ley N° 340, promulgada en 29 de septiembre de 1869, se sanciona el Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, estableciendo su vigencia a partir del 1° de enero de 1871. Esto fue un instrumento eficaz para poder consolidarnos como unidad nacional, ya que antes nos regíamos por leyes españolas y diversas leyes nacionales o provinciales dictadas por los distintos gobiernos, también es dable mencionar que el código de comercio, fue sancionado por la ley N° 2637, del 5 de octubre de 1889.

En las últimas décadas se sucedieron varios intentos de reforma como también de integración de ambos, las cuales mencionares los siguientes:

- Anteproyecto de 1926 del doctor Juan Antonio Bibiloni
- Anteproyecto de 1954 del doctor Jorge Joaquín Llambias
- Proyecto de Unificación Civil y comercial de 1987
- Proyecto de 1998, preparado por la comisión honoraria creada por Decreto N° 685/95

Dando mención a estos diversos proyectos, sin llegar a poder a realizar la unificación y reforma del mismo, el poder Ejecutivo Nacional impulso mediante el decreto N° 191 de 23 de febrero de 2011, que creo la comisión para la elaboración del proyecto de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación.

Dicha comisión fue integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci y contado con mas de un centena de especialista que realizaron aportes indispensables para su redacción.

La comisión la definió como que “...*Se trata de un Código basado en un paradigma no discriminatorio, que concibe al hombre en términos igualitarios, sin distinciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza; es un código con identidad cultural latinoamericana, destinado a integrar el bloque cultural latinoamericano; es un código de los derechos individuales pero también de los colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la CONSTITUCIÓN NACIONAL. Se trata de un Código para una sociedad multicultural, que brinda un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no pueden ignorarse. Es finalmente un Código que aspira a brindar seguridad jurídica en las transacciones comerciales...*”<sup>36</sup>

Este proyecto de reforma esta compuesto por un titulo premilitar y 6

Libros:

- \* El Libro Primero: “Parte General”.
- \* El Libro Segundo “Relaciones de Familia”.
- \* El Libro Tercero “Derechos Personales”.
- \* El Libro Cuarto “Derecho Reales”.
- \*El Libro Quinto “Transmisión de derechos por causa de muerte”.
- \*El Libro Sexto “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”.

Abordando nuestro tema principal debemos analizar, El Libro Segundo: “Relaciones de Familia” y sobre el mismo debemos hacer hincapié al Título Primero: “Matrimonio” y en especial al Capítulo Octavo: “La disolución del Matrimonio”.

Dando un análisis mas profundo del libro segundo podemos establecer que este mismo nos recepta lo concerniente al matrimonio igualitario, estableciendo los efectos de que pueden unirse en matrimonio sin realizar distinciones entre varón y mujer. También incorpora las convenciones matrimoniales y los distinto tipos de régimen de la comunidad matrimonial, ya sea ganancial y separación de de bienes. Si bien se establece un libertad de los frutos del matrimonio, establece que aquellos cónyuges hubieran adoptados la comunidad de separación de bienes, con respecto al

---

<sup>36</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Pág. 3

inmueble conyugal, siendo este mismo el hogar de ambos, necesita el consentimiento de ambos para los propios actos de disposición que se realicen sobre el mismo.

En Materia de Divorcio se simplifican los tramites, admitiendo que sea a pedido de unos de los cónyuges, no existen requisitos de tiempo. Se deroga las causales subjetivas del divorcio, como también la propia figura de la separación personal. Es importante señalar que el divorcio vincular, que deje un propio desequilibrio económico y manifiesto y aunque los esposales hayan adoptado un régimen de separación de bienes, se prevee una compensación económica para el cónyuge que lo sufra.

Se adopto para el nuevo sistema el divorcio incausado, aunque se reconoce los deberes de fidelidad y cohabitación.

Se incorpora también las técnicas de reproducción humana asistida y la gestación por sustitución, regulando el consentimiento que sea previo y expreso como también informado y libre, prevaleciendo la propia voluntad procreacional. También nos da una equiparación de la filiación, ya sea por dicho medio como la natural o la adoptiva plena.

## **2 El Divorcio en el Proyecto de Reformas de Código Civil**

Tomando El Capítulo Octavo que nos habla de la disolución del matrimonio, analizaremos el divorcio declarado judicialmente y los efectos que este nos traería.

Haciendo referencia debemos tomar que solo se consagra un tipo de divorcio que es el incausado. Se suprime el doble sistema ya sea de separación personal o divorcio vincular. Se suprimen todas las causales (subjetivas y objetivas), todos los plazos (tanto de duración del matrimonio, como de separación de hecho) y también el trámite de la doble audiencia.

Observando esto, debemos analizarlo a partir de cuatro ejes fundamentales, la legitimidad, daños y perjuicios, su procedimiento y efectos del divorcio.

### **a.- Legitimidad.**

El divorcio puede ser pedido por uno o ambos cónyuges. Esto se fundamenta en que el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o ambos desaparece no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos cónyuges puedan solicitar el divorcio. Prueba de ello lo encontramos en “...*El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial...*”<sup>37</sup>.

### **b.- Daños y perjuicios derivados del divorcio**

“...*Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial*”

---

<sup>37</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Pág. 7

*en si mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños....”* <sup>38</sup>

### **c.- El procedimiento del divorcio**

El proceso de divorcio cambia profundamente, en principio porque se procura dar solución a crisis, sin mirar si existen culpables e inocentes.

Se parte de la idea de que la familia continúa a pesar de la crisis y se obliga a las partes a acompañar, junto con la solicitud del divorcio, una propuesta que regule los efectos derivados del mismo. La propia omisión de la propuesta impide dar trámite a la propia petición.

Esta puede ser consensuada por los esposos o bien ofrecida por uno de ellos. En este último caso, el otro cónyuge puede ofrecer otra propuesta reguladora distinta. Las partes deben acompañar con los elementos que se fundan y el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen lo que se estima pertinente. Ambas propuestas van a ser evaluadas por el juez, quien convocara a los cónyuges a una audiencia.

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.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses del grupo familiar, las cuestiones pendientes deberán ser resueltas por el juez.

Asimismo se establece en el convenio regulador, lo pertinente a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las compensaciones económicas entre lo cónyuges, como también las cuestiones de le responsabilidad

---

<sup>38</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Pág. 8



parental, en especial los alimentos, pero también se pueden interponer otras cuestiones a interés de los cónyuges.

#### *d.- Efectos del divorcio.*

Tres son los efectos que se regulan en el proyecto con respecto al divorcio.

##### 1. *Compensación económica.*

Esta compensación es para evitar que se generen situaciones injustas cuando uno de los esposos ha dedicado su vida a la atención del hogar y al apoyo a la actividad económica del otro y como consecuencia del quiebre del matrimonio, queda desamparado por haber invertido su tiempo en tareas no remunerativas. En este caso y como el matrimonio deja de existir, pero la familia se mantiene, es necesario que se compensara ese desequilibrio en una suerte de solidaridad conyugal.

Cuando el divorcio produce un desequilibrio manifiesto o el empeoramiento de la situación de uno de los esposos, siempre que tenga por causa el matrimonio y su ruptura, el cónyuge podrá solicitar se lo compense económicamente.

La compensación puede ser abonada en dinero, por intermedio de una renta, con el usufructo de uno o más bienes, o del modo de que acuerden las partes o lo decida el juez. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, en una renta por plazo indeterminado.

Los elementos que deben tomarse en consideración para la fijación de la compensación son tres: desequilibrio manifiesto, que implique un empeoramiento de la situación económica de uno de los esposos y que dicho empeoramiento se por causa del divorcio.

Las partes pueden acordar este punto pero en caso de desacuerdo el juez fijara tomando las siguientes consideraciones:

1. El estado patrimonial de cada uno al inicio y a la finalización de la vida matrimonial
2. La dedicación a la familia y a los hijos
3. La edad y el estado de salud de cónyuges e hijos
4. La capacidad laboral y la posibilidad de empleo
5. La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La atribución de la vivienda familiar y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. En este último caso, quien abona el canon locativo.

Como se trata de lograr un equilibrio patrimonial, es imprescindible realizar un análisis comparativo de la situación de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización del matrimonio, esto significa obtener una fotografía del estado patrimonial y económico de ambos cuando se casaron y al momento del divorcio y, en caso de que exista un desequilibrio entre ellos, proceder a su recomposición. Esta compensación económica es atribuida por la propia ley, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que, luego de la sentencia de divorcio se encuentre en una situación económica desfavorable en relación con la que tiene el otro cónyuge, y la disfrutaron durante el matrimonio. No son importantes las causas de la ruptura, sino cuales son las consecuencias que el divorcio provoca. Y por ese motivo se fija un plazo de caducidad breve para reclamarlas, de seis meses desde el dictado de la sentencia de divorcio.

## 2 *Atribución del uso de la vivienda*

Existe en el código reformado una protección especial a la vivienda familiar porque considera que se está frente a un derecho humano. Se va a regular ya sea de un inmueble propio o ganancial. En caso de que no haya acuerdo entre los cónyuges, el juez va a determinar la procedencia del mismo, el propio plazo de duración y los efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas:

1. A quien se le atribuye el cuidado de los hijos.
2. La situación económica más desventajosa.

3. El estado de salud y la edad de los cónyuges.
4. Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

La procedencia de la atribución de la vivienda es objetiva y se va a tomar en base a la necesidad, pero el modo, el plazo y la extensión de los efectos quedan a criterios judiciales.

Los efectos previstos en la regulación son los siguientes:

- 1.- Renta a favor de quien debe soportar la atribución.
- 2.- No enajenación del inmueble sin acuerdo de ambos, ni aun estando en condominio entre los esposos.
- 3.- Continuación de la locación.

Para ser oponibles a terceros, se requiere la inscripción registral de la atribución.

Se establece a si mismo las causales de cese:

- 1- Cumplimiento del plazo establecido por el juez.
- 2- Cambio de circunstancias.
- 3- Las misma causa de indignidad prevista en materia sucesoria.

### 3. Alimentos

Los alimentos pos divorcio que se regula proceden solo en supuesto excepcionales en que uno de los cónyuges tenga necesidades vitales que no pueda satisfacer por sí mismo. Tienen como base el principio de solidaridad familiar. A diferencia de la regulación actual de los alimentos luego del divorcio se basan en la culpa (art. 207 del código civil).

La propia prestación alimentaria puede ser convenida por las partes y en caso de desacuerdo, se establecen los siguientes supuestos:

- 1- Enfermedad grave y preexistente que impide el sustento. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a los herederos (este es un supuesto similar al art 203 cc)
- 2- Extrema necesidad ( como el actual art. 209 cc)

Tienen una duración limitada a la cantidad de años que duro el matrimonio y no son acumulables con la compensación económica.

Esta obligación cesa por los siguientes supuestos: si desaparece la causa que dio motivo para la fijación de alimentos, si el beneficiario se casa o vive en unión convencional o cuando el alimentante incurre en alguna causal de indignidad

Si el convenio regulador se refiere a los alimentos, van a regir las pautas convenidas.

### 3. El Daño Moral en el Proyecto de reforma

Con respecto al daño lo encontramos en Libro Tercero, Derechos Personales, dentro del mismo en el Título Quinto, Otras Fuentes de las Obligaciones, Capítulo primero, Responsabilidad Civil, Sección Cuatro, Daño Resarcible.

Debemos hacer mención que en su artículo 1741, que nos establece la indemnización del daño no patrimonial y a quien legitima, que es el propio damnificado directo, rezándonos lo siguiente: Art. 1741 *“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas....”* (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.)

Es muy importante dar mención que el juez es el único que puede fijar la indemnización, de acuerdo a la situación personal del que sufre el daño y en las propias circunstancias del hecho, también son invalidas todas las cláusulas que limiten o eximan de esta responsabilidad civil.

En el art 1746 nos introduce la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. Este es muy importante ya que art 1746 *“... la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades...”* (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.)

## **Conclusión:**

Se pudo establecer que el derecho de familia y la responsabilidad civil, tradicionalmente se habían recorrido caminos diversos. Sin embargo en los últimos años la doctrina y la jurisprudencia intentaron ponerse de acuerdo y de este modo se hizo aplicación del derecho de daños a diversas situaciones que derivan de una relación de familia.

Al analizar el reclamo de una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio corresponde interrogar, si al corroborarse la existencia de causales de divorcio atribuida a alguno de los cónyuges, es o no es suficiente para generar un derecho a la reparación moral a favor de quien lo sufre.

A mayor abundamiento como ya se dijo, la doctrina se encuentra dividida, por ello se mencionaron las distintas corrientes doctrinarias y tomadas a mi criterio, la doctrina que esta a favor de reconocer esta acción al cónyuge inocente es la correcta. Ello así, porque el cónyuge culpable en sentencia de divorcio afectó lo más íntimo de la propia capacidad del cónyuge inocente, ya sea en su querer, sentir o en su propia psiquis y si bien se vio afectado un interés no patrimonial, estos son por culpa de la conducta del conyugue culpable, ya sea por sus propios actos o como consecuencia del propio divorcio. Es importante señalar que el inocente se ve afectado en sus sentimientos más íntimos, como ya se explicó y por ello dan nacimiento a lo obligación de repáralos.

Sobre la jurisprudencia, el fallo plenario de 1994 pone fin a la discrepancia a través del voto de la mayoría, en el cual se resolvió que efectivamente existe la obligación de reparar el daño moral del cónyuge culpable al cónyuge inocente. Teniendo en cuenta las causales de divorcio, si bien en la actualidad encontramos fallos jurisprudenciales donde se apartan del fallo plenario mencionado “ut supra” estableciendo que previo a afirmar la existencia de la obligación de reparar hay que analizar cada caso en particular, postura que también comparto, ya que estos fallos nos dan un punto de partida inicial donde no se puede dejar de observar que necesariamente hay que analizar cada caso en particular, ello obedece a que es innegable que cada

familia es un mundo y lo que puede ser justo para un caso particular puede no serlo para el otro.

Además, también es importante señalar que el fallo plenario de 1994 da las bases fundamentales para poder reconocer la propia “*Reparabilidad del Daño Moral*”, ya que si bien existe un principio de especialidad que rige en el derecho de familia y que por su propio silencio en la materia bajo análisis deja al descubierto una falla en el sistema, la cual no debe constituir un obstáculo para que dejemos sin indemnizar aquel cónyuge inocente frente al culpable en ocasión del daño.

Es muy importante destacar la modificación sustancial prevista en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012, que como ya mencioné, tiende a suprimir las causales subjetivas del divorcio. Se puede establecer que el lineamiento general va a derivar del principio de la autonomía de la voluntad, en el cual va a justificar el ejercicio de no continuar el matrimonio sin depender este de ninguna causal para poder solicitar el mismo. Es importante ya que no se va observar quien es el culpable o inocente frente a la relación de los cónyuges, si no se toma en cuenta la propia familia, ya que esta sigue por el sendero de la vida cotidiana de sus integrantes.

Esta nueva modificación nos acorta el propio tiempo en el proceso de divorcio, ya que en algunos casos son largos y dolorosos para todos los integrantes de la misma, siendo este mismo hecho generador del propio daño moral, afectando lo más íntimo de las personas.

Hay que dejar en claro que la modificación del código, y en relación al propio libro de familia se ha omitido la reparación del daño moral en ocasión de divorcio, ya que en dicho proyecto se afirma que: “...*Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en si mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños...*”<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*

De lo dicho en el párrafo anterior se observó que no hay ningún artículo dentro de la relación de familia que reconozca la existencia del daño moral dentro del divorcio, sabiendo que no existen las propias causales para que se produzca el mismo y mucho menos que este sea reparado. Claramente se advierte que al sepáralo de las relaciones familiares no hay cónyuges ni culpables ni inocentes dejando así un gran vacío en las relaciones de familia, toda vez que para lograr un daño resarcible deberemos remitirnos a las propias relaciones entre las personas.



## **Bibliografía.**

### **A. Doctrina:**

- \* BORDA, GUILLERMO A. (2009). Manual de Derecho Civil. (13ª. Edición. Actualizada). Buenos Aires. Editorial La Ley.
- \* BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR. (2009). Manual de Derecho de Familia. (9na. Edición. Actualizada). Buenos Aires. Cooperativa Gráfica Vuelta de Página.
- \* ZANONNI, EDUARDO A. (1998). Derecho de Familia. Tomo I. (3ra. Edición). Buenos Aires. Editorial Astrea.
- \* PIZARRO, RAMON DANIEL y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO. (2007). Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo III. Buenos Aires. Hammulabi.
- \* D`ANTONIO, DANIEL HUGO. (1987). Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 23.515. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- \* MEDINA GRACIELA. (1999). Revista de Derecho de Daños. Daño Moral (dirección Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti). Tomo 6, Páginas 71-102. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- \* ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE. (1996). Resarcimiento de Daños. (2da. Edición, 3ra. Reimpresión ampliada) Buenos Aires. Hammurabi.
- \* SOJO, AGUSTIN,- Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 (Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. (2012). [en línea]. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>
- \* LUIS M. LOPEZ DEL CARRIL (2007). El derecho de familia y la sociedad contemporánea. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- \* Derecho de Familia- Revista Interdisciplinaria (2009-2010). Directora: Grosman Cecilia P. Ed. Abeledo Perrot<sup>a</sup>
- \* FABIAN EDUARDO FARAONI (2008) Derecho de Familia. Córdoba. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico.

## **B. Jurisprudencia:**

- \* Cámara Nacional Apelaciones Civil y Comercial., Sala A o, A. M.N. c/M. H S D, fecha 08/10/2010.
- \* Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, H., S. c/. H., J. C. s/daños y perjuicios. Fecha 13/05/1998.
- \* Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, "G., G.G. c/ B. de G., S.A.", fecha 20 de setiembre de 1994.
- \* Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala H B. R. E c/ F. C. M. s/ divorcio, fecha: 27abril de 2012.
- \* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K B. A. M. c/ P. C. A. s/ divorcio-ordinario, fecha: 10 de diciembre de 2010.
- \* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E C. R. A. M. c/ D. N. S., L. C., fecha: 02 de marzo de 2005.
- \* Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – Primera Circunscripción Judicial – Neuquén, Secretaria Sala 2. L. V. L. E c/ P. D. A. s/ divorcio vincular, fecha: 24 de febrero de 2009.
- \* Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Minas de la Segunda Nominación Catamarca, G., L. N. c/ F., C. del N. de J., fecha: 03 de noviembre de 2005.
- \* Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la Primera Nominación de la Segunda Circunscripción Judicial, Río Cuarto. P., E. A. c/ Q., S. M. s/ Divorcio Vincular, fecha: 01 de junio de 2012.

## **C. Legislación:**

- \* Código Civil Argentino. Artículos 204, Inc. 5 y 214.
- \* Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Comisión reformadora designada por decreto 191/2011. Año 2012).

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR  
TESIS DE POSGRADO O GRADO  
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	CARIDI, JOSE JAVIER
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	30.108.090
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	<p><b><u>DAÑO MORAL EN EL DIVORCIO</u></b></p> <p><b>Introducción.</b></p> <p><b>Objetivo Generales y Específicos.</b></p> <p><b>Capitulo 1: Consideraciones generales.</b></p> <p>El Divorcio. Concepto. Distintas Causales. Conceptos. Distinción. El Daño Moral. Concepto. Reparabilidad del daño moral. Tesis Negativa, Tesis Positiva, Doctrina de la Pena o Sanción Ejemplar, Doctrina del Resarcimiento del Daño Moral.</p> <p><b>Capitulo 2: Problemática del daño Moral en el Divorcio.</b></p> <p>Reparación del daño moral en el divorcio, Doctrina, Doctrina que niega que el daño moral sea reparable, Doctrina del Resarcimiento del daño moral en consecuencia del divorcio, Jurisprudencia.</p> <p><b>Capitulo 3: Regulación en el ordenamiento Argentino.</b></p>

	<p>Evolución Histórica en Nuestro Ordenamiento.</p> <p><b>Capítulo 4: Análisis Fallo Plenario Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, "G., G.G. c/ B. de G., S.A.", fecha 20 de setiembre de 1994.</b></p> <p>Posición Mayoritaria, Posición Minoritaria</p> <p><b>Capitulo 5: Análisis del nuevo Proyecto del Código Civil 2012</b></p> <p>Análisis del Proyecto de Reforma, El Divorcio en el Proyecto de Reformas de Código Civil, 1.- Legitimidad, 2.- Daños y Perjuicios derivados del divorcio, 3.- El Procedimiento del Divorcio, 4.- Efectos del Divorcio, a.- Compensación Económica, b.- Atribución de la vivienda, c.- Alimentos, 3. El daño Moral en el Proyecto de Reforma.</p> <p><b>Conclusión</b></p> <p><b>Bibliografía</b></p>
<p><b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i></p>	<p>caridijj@hotmail.com</p>
<p><b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i></p>	<p>Universidad Siglo 21</p>
<p><b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	<p>Provincia de Mendoza, Departamento de Las Heras</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> (Marcar SI/NO) <sup>[1]</sup>	SI
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha: 04 de agosto de 2014**

\_\_\_\_\_  
Firma

#### Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la  
aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.