

EL DAÑO MORAL DERIVADO DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO O DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor: Por Julián Emil Jalil*

Resumen:

Los proyectos mundanos que los hombres y mujeres de esta tierra idealizan en las uniones jurídicas no siempre se materializan en la concreción, o en los poemas de Gustavo Adolfo Bécquer, las finas dicciones de Pablo Neruda o del mágico Gibrán Jalil Gibrán. Lamentablemente algunas de ellas quedan subsumidas en las más triste de las pasiones del ser humano: el odio, la bronca, la desazón. En muchos casos, esos sentimientos no responden a una causa protegida por el derecho, por lo que se tornan irrelevante para éste, pero en otros, es el propio ordenamiento jurídico, contemplado en toda su extensión (Código civil y Comercial, Tratados Internaciones y Leyes Especiales), quien autoriza, hermenéutica interpretativa mediante, a solicitar una indemnización para sanear dicho daño, pues se ha resentido un interés merecedor de tutela jurídica.

1.- La exclusión de las causales subjetivas de divorcio como interpretación en contra de la viabilidad de la pretensión resarcitoria ante el daño moral que pueda provocar la interrupción del vínculo de derecho.

La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, aun con diferentes matices, encuentra recepción en el derecho comparado. Pueden citarse, entre otros el Código Suizo (1907) art. 151; Código Civil griego (1920) art. 1453; Código matrimonial sueco (1920); Ley danesa de Matrimonio (1922) art. 67; Código de Perú (1984), en Francia, art. 266 del Cód. Civil-, México, art. 288 del Cód. Civil-, Portugal, art. 1792, del Cód. Civil, Estados Unidos de Norteamérica Sección 4800, punto 3 del Cód. Civil de California-, entre otros.¹

* Juez Civil y Comercial Titular del Juzgado N° 1 de la ciudad de Comodoro Rivadavia. Ex Juez de refuerzo. Ex Secretario de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn. Prof. Adjunto Regular UNLP. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca - España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho de los Contratos en la (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud en la (UBA). Posgraduado en Responsabilidad Civil (Universidad Abierta Interamericana). Profesor Universitario en la UAI, UNPSJB, UM. Autor de 7 obras jurídicas y de más de 90 artículos de doctrina publicados en revistas de especialidad. Coautor de 9 obras jurídicas. Desertante en diversas Jornadas y Congresos nacionales y extranjeros.

¹ MAZEAUD Leon , MAZEAUD Henri - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Luis ALCALA ZAMORA y CASTILLO. Parte I, vol. IV, p. 510 y sigtes.. Ed. Jurídica Europa-América N° 1514; reseña efectuada por BELLUSCIO, "Derecho de Familia", t. III, N° 878, ps. 553 y siguientes). Idem. MOLINA QUIROGA, Eduardo. La reparación Ob. Cit. Pag. 729.

El nuevo Código Civil y Comercial no se ha expedido sobre ellos, y en la letra de algunos autores la eliminación de las causales subjetivas es realmente sugestiva en la materia a los fines de admitir la exclusión de esta vía resarcitoria. No compartimos ese criterio, por contrariar los cimientos en los cuales reposa la función resarcitoria de la responsabilidad civil en general y el deber de resarcir el daño moral en particular. (Conf. arts. 1716 y 1741 del CCyC).

Los motivos del amor son insondables, por ello, la ley no los requiere expresamente sino los presume al momento de constituirse el matrimonio. Las razones del desamor también son diversas y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que existan culpables o inocentes. En estos casos, estamos ante dos personas que han dejado de amarse y tienen derecho a constituir una nueva vida con un significado distinto; sin que por esto, deban padecer el estigma de un significativo discursivo que hace del derecho una objetable herramienta de poder.²

Por ello, resulta apropiado, propicio y oportuno en razón de los tiempos que estamos transitando admitir con total sustento la eliminación de las causales subjetivas y a nuestro modo de entender, dicha supresión no posee una implicancia significativa en la aplicación del derecho de daños ante el hecho que motivó el divorcio o la unión convivencial.

Al respecto, he de señalar que si bien es cierto que la demanda por daños y perjuicios no aporta soluciones en pro de la familia, y mucho menos contribuye a subsanar un drama familiar existente, el divorcio o la ruptura de la unión convivencial regulados en la nueva normativa, no representan la solución idónea cuando lo que se persigue es la reparación de un perjuicio ante un “**daño injustamente padecido**”. Por ello incluso desde los más prístinos pilares de la lógica, no resulta contrario a ellos sostener que quién ha sufrido un perjuicio moral como consecuencia del hecho generador del divorcio solicite la reparación del mismo, con los parámetros que propondremos más adelante.

2.- Los hechos en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio o unión convivencial y su correlación causal con el daño padecido.

Para disipar dudas partimos de la premisa de considerar que **nunca los daños resarcibles en el plano de familia han tenido su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo**, -pues éste no constituye su causa fuente-, **como tampoco en el incumplimiento de los deberes matrimoniales**, pues en todo caso ellos se inmiscuían dentro del espectro de la antijuridicidad o tipicidad civil en la concepción del derogado Código. Esto último, como explicaremos a continuación ha variado significativamente.

Hachas estas aclaraciones, decimos que **son los hechos en los que puede fundarse la interrupción del matrimonio, o la unión convivencial los que deben ser analizados para determinar si devienen dañosos respecto a uno de los integrantes de la pareja y si esos perjuicios sufridos representan las secuelas directas del “hecho” que**

² FAMÁ, María Victoria, GIL DOMINGUEZ, Andrés. “El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges” en *Revista La Ley*, -Doctrina Judicial. 2005-1. Página 1104.

motivó esa separación.³ (conf. art. 257 del CCyC y art. 1726 del CCyC).

Creemos pues que la **causa fuente** de la obligación de resarcir reposa en el **hecho** que le dá nacimiento, éste constituye su gen, su origen, su umbral. Es en esa **causa motora** donde puede devenir procedente el **deber de reparar el perjuicio injustamente sufrido**, una vez que el mismo sea cotejado con las demás presupuestos de la responsabilidad. (conf. art. 724 del CCyC).

Como venidos diciendo desde antaño, **el divorcio no es causa de resarcimiento**, como tampoco **las causales que preveía el derogado Código y mucho menos el vínculo matrimonial**, pero sí los **hechos o motivos** que llevaron al divorcio, o en su caso a la ruptura convivencial, cuando tienen una expansión y gravedad, fuerza dañosa punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales del otro cónyuge, que de por sí, al margen de la separación conyugal y su disolución, entrañen un verdadero daño moral, éste debe ser compensado con carácter autónomo.⁴

En sentido opuesto, cuando media una ruptura de una relación afectiva, que posteriormente termina en divorcio o ruptura convivencial, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resultando improcedente el reclamo en concepto de daño moral, si no se acreditan hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio.⁵

La indemnización ha de quedar reservada a conductas del cónyuge o conviviente que, implican auténticos agravios para el otro, sin limitarse a ser sólo expresiones de pérdida del vínculo afectivo. Además, su procedencia sólo puede ser analizada a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron; es decir, librada al prudente arbitrio judicial al igual que el monto indemnizatorio es caso de admitirse la reparación.⁶

3.- La falta de una norma expresa que permita admisibilidad de la acción de daños en el campo del derecho de familia.

Si bien no se encuentra prevista en nuestra legislación en forma expresa la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones de familia, ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, son múltiples los supuestos que se

³ CECCHINI, Francisco Carlos. SAUX, Edgardo Ignacio. Daños entre Conyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL. Pag. 176.

⁴ Cc0101 Mp 114131 Rsd-303-1 S-Fecha: 11/12/2001-Juez: Cazeaux (sd) Carátula: Ch. R., R. c. V.J. L. s/Divorcio Vincular-Mag. Votantes: Cazeaux-De Carli-Font (Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia, San Salvador de Jujuy Expte. N° B-17.830/97 Divorcio Vincular. L. A. N° 46.F. 447/449 N° 176. Sentencia del 14 de mayo de 2003. SAIJ. Sumario W0001554.

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008.

⁶ Cámara 3a en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan. Fecha: 31/03/2008.; P., F. L. c. E., V. S., LLGran Cuyo 2008 (julio), 599, AR/JUR/1786/2008. Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge.

pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges o convivientes dañe al otro y que deben ser solucionados por aplicación de las normas generales.⁷ Entonces como dice RIVERA, el derecho de familia tiene lógicamente que respetar las normas del derecho civil de rango constitucional y no puede en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro,⁸ que, agregamos tiene jerarquía constitucional, en razón de lo resuelto por nuestro máximo Tribunal Federal en el fallo AQUINO y recepción normativa en el nuevo CCyC. (Vid. Art. 1716 del CCyC).

El daño moral procede cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia,⁹ o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos **el derecho a reparación proviene no de la calidad de cónyuge o conviviente sino como cualquier persona afectada por un hecho lesivo**¹⁰, pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un “**daño injusto**”, **independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia.**¹¹ Y aunque las normas propias del derecho de familia no prevean indemnización alguna por dicho concepto, éstas deben respetar el principio básico de no dañar que contempla implícitamente el art. 19 de la Constitución Nacional,¹² y expresamente el ya referenciado art. 1716 del CCyC.

Con una postura análoga la Cámara de Apelaciones de San Isidro consideró que si bien los marcos iusprivatistas de la son importantes, subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional cual es el art. 19 de la Constitución Nacional, que alcanza sin más para que ninguna otra norma infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, en consecuencia es inadecuado a nuestro sistema legal exigir que haya una norma expresa que determine el deber de reparar los daños causados por el hecho generador del divorcio porque sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga.¹³ Similar

⁷ MEDINA, Graciela, KANESFSCCK, Mariana. Responsabilidad... Ob. Cit. Pagina 821. Explica la autora que el Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a si mismo, y, por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la teoría general del Derecho Civil. Por ejemplo la representación paterno-materna de los hijos menores se rige supletoriamente por las reglas del mandato. Aunque no esté contemplado expresamente en nuestra legislación, la jurisprudencia ha condenado a pagar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, aplicando así los principios de la responsabilidad civil.

⁸ RIVERA, Julio César, “El Derecho Privado Constitucional”, en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7.

⁹ CNCiv., sala F, A., M. A. c. B., L. H

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 27/02/2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558, AR/JUR/133/2007.

¹¹ Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005. Voto del Dr. FERRARI. Idem CNCiv. y Comer. de San Nicolás, 2003/09/04, "F.M.B. c. M.M.A.", DJ 31/03/2004, 819 - LLBA 2004 (febrero), 117.

¹² Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 04/09/2003, F.M.B. c. M.M.A. DJ 31/03/2004, En este orden argumental se indicó que la obligación de resarcir el daño moral causado por el cónyuge culpable del divorcio resulta genéricamente de la sustracción de aquél del deber jurídico de no dañar, siendo requisitos esenciales los propios del régimen de la responsabilidad civil en general, es decir, dañosidad, antijuridicidad, imputabilidad y causalidad. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995.

819 - LLBA 2004, 117, AR/JUR/3801/2003.

¹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C. LLBA 1998, 1435, AR/JUR/4237/1998

criterio es sostenido por CORDOBA quien explica que cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho.¹⁴

Con igual tesitura URIARTE manifiesta que nada impide la aplicación de los principios comunes a las relaciones civiles, entre ellos el deber de no dañar. Constituye este un concepto general del derecho que no puede estimarse ajeno al derecho de familia, en razón de que la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber está claramente reservada a la materia de la responsabilidad civil, ámbito que no es extraño al derecho de familia.¹⁵

Esta posición fue sustentada en las *Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. MÉNDEZ COSTA*, en donde se adujo que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad.¹⁶

Explican PAGANO y GIMENEZ que ninguna otra prevé excepción fundada en el vínculo familiar. Nuestra Constitución Nacional en su art. 19 ordena que nadie esta privado de lo que la ley no prohíbe.¹⁷

En este orden, la fuente normativa que admite la aplicabilidad del derecho de daño es el art. 1716 que estipula "...La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este Código..."

Así el principio del *neminem laedere* cobra plena vigencia incluso en un ámbito tan reservado como lo es el derecho de familia admitiéndose casos excepcionales que queden fuera de su espectro de actuación, pues dicha excepción no está contemplada y porque esa no es la perspectiva que ha tenido en miras el Codificador, ni mucho menos la reciente jurisprudencia de la CSJN.

No obstante lo expuesto, en aquellos países donde se admite la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio, tal posibilidad está expresamente prevista en la ley, **consideramos que ella debía haber sido la tendencia admitida por el nuevo Código, dentro del esquema del régimen especial del derecho de familia, pues si así hubiera ocurrido evitaría conflictos doctrinarios y jurisprudenciales posteriores y justamente hoy no sería el tema de esta Comisión.**

4.- El daño injustamente sufrido en el nuevo Código Civil y Comercial. El ocaso de la antijuridicidad.

¹⁴ CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" *Revista La ley*. Tomo 2007-B. Pags. 595/6.

¹⁵ URIARTE, Jorge A. "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges" *Revista La ley*. Pag. 217.

¹⁶ Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M.J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990.

¹⁷ CORDOBA, Marcos, M. "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges" *Revista La ley*. Tomo 2007-B. Pags. 595.

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cuál no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un **derecho subjetivo**. Ese derecho subjetivo presupone un **interés legítimo**, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico.

El novel art. 1717 incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de **intereses simples**, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por éste último, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de **injusto**.

Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de **intereses merecedores de tutela jurídica**, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como **dignos y respetables**, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier **interés** de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo. (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Tomo IV. Ed. Hamurabi. Pag. 124.

Y que dudas quedan en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral son derechos tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos. El interés existe, y la fidelidad, el buen trato, la estabilidad familiar, la vida en común sana y moderada, siguen siendo valores dignos y respetados por toda la sociedad aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro-, cabida en las normas un deber jurídico preestablecido.

El daño injusto no se confronta con un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica deberá ser indemnizado.

5.- El factor de atribución aplicable. La culpabilidad como dogma rector en la materia.

Se debe tener en claro que en el resarcimiento por daño moral, no es un principio general que deba darse en todo caso de divorcio o ruptura de la convivencia, por el contrario, es la excepción. A modo de ejemplo el desamor puede ser el motivo de la separación y no por ello puede generar daños de índole resarcible.

Tratándose del rubro indemnizatorio daño moral el comportamiento merecedor de una sanción por tal concepto, no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la convivencia, sino por el **obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente**

inspiración nociva para el otro cónyuge, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron.

Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento el factor de atribución en juego es el subjetivo culpa o dolo, parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.

Ahora bien, frente a un hecho voluntario, tendrá su autor una culpabilidad calificada o dolo, cuando obre con absoluta indiferencia por los intereses ajenos (Conf. art. 1724 CCyC, ult. parr.). El supuesto puede encuadrar en cualquiera de los dos casos, de acuerdo al menor o mayor reproche que merezca su conducta.

Con relación a la culpa grave consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes. Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad, aunque dicha consideración debería surgir del texto de la ley y no de la voluntad del judicante.

6.- La cuestión de la compensación de culpas.

Si bien el fallo plenario del la CNCiv. "G., G. G. c. B. de G., S. A." dispuso que para que la indemnización por este daño moral sea procedente, es necesario que quien lo solicita revista el carácter de inocente. Es decir, sólo quien no dio causa a la separación gozaría de legitimación para reclamar una indemnización de daños y perjuicios, ya que, de ser ambos culpables, ninguno la tendrá ni podrá reclamar del otro porque estaría pretendiendo obtener un resarcimiento de daños derivados de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable, contrariando el principio liminar del art. 1729 del Cód. Civil.

Creemos junto que **la culpa de ambos integrantes de la pareja no neutraliza la responsabilidad**, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro, y no importa descartar automáticamente el derecho de cualquiera de ellos de ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de alguno de los hechos que dieron lugar a la ruptura.

Si seguimos el patrón lógico del razonamiento que lleva a admitir la indemnización del daño moral por su carácter **injusto**, no advertimos por qué no habría de ponderarse la incidencia causal de la conducta de cada uno de los esposos o convivientes en la producción del daño respectivo. Es que no estamos indemnizando los daños provocados por el divorcio o el vínculo familiar, tal como lo regula el art. 206 del Cód. Civil francés, sino aquellos emergentes de un obrar dañoso con independencia del resultado en el orden familiar.

En base a estos argumentos se puede concluir distinguiendo dos situaciones:

1. El daño puede resultar de un solo hecho, al cual ambos integrantes de la pareja contribuyeron a producirlo; por ejemplo, por culpa de ambos se produce una reyerta que alcanza las vías de hecho y uno sale lesionado. Se aplican aquí

los principios relativos a la concurrencia de culpas pues se trata de un hecho común.

2. Si la separación se produce por culpa de ambos cónyuges pero por hechos diferentes de uno y otro; por ejemplo, infidelidad de uno y malos tratamientos de otro. En este caso, como los hechos y culpas son independientes, cada uno responderá de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso cometido.

7.- El resarcimiento del daño por su carácter injusto. Requisitos para su procedencia.

El art. 1737 estipula que hay daño cuando se lesiona un derecho o un **interés** no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la **persona**, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Como sostiene KRASNOW en el presente, el derecho de daños se dirige a la protección de la persona. Quedó atrás la concepción que partía de considerar a la indemnización como una sanción para quien causó un daño. En gran medida, responde a la declinación de la culpa y al reconocimiento de toda actividad riesgosa como factor objetivo de atribución. A esto se suma, la posibilidad de prescindir del presupuesto de la antijuridicidad cuando nos encontramos frente a lo que se denomina el "daño injusto". Esta consideración- cuyos argumentos derivan de las postulaciones del Maestro DE LORENZO, debe ser tomada en concordancia con lo dispuesto por el art. 1717 del CCyC, que instituye en la legislación nacional, el daño injusto del derecho italiano.

Dicho daño además de grave,¹⁸ debe ser cierto,¹⁹ tener cierta magnitud,²⁰ y debe quedar plenamente acreditado, ya que -como dijimos- el divorcio o la ruptura de la convivencia en sí mismo no constituye un menoscabo.

¹⁸ Se pregunta ZANONNI cuán graves han de ser las afrentas a la integridad personal o al honor y dignidad del ofendido, en qué medida han de trascender el reducto de la intimidad de los esposos para proyectarse al escándalo más o menos público que daña la propia imagen y la consideración de uno de ellos ante los demás, y contesta a su retórica: son cuestiones de hecho, insusceptibles de una categorización apriorística. ZANNONI, Eduardo A. "Derecho Civil-Derecho de Familia", Tº II, Ed Astrea. Buenos Aires. 1978. Págs. 228/232. Vale la pena reproducir las dicciones esbozadas en un voto de la Dra. WILDE quien sostuvo que el daño moral no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí; la sensación de fracaso y frustración que se vuelca en el otro por no haber podido concretar los proyectos conyugales, es algo inherente a la pérdida" (voto de la Dra. WILDE, en C.N.Civ., sala J, 21-5-2000, E.D., del 7-3-2001). En este orden de ideas ha resuelto el Dr. VELÁSQUEZ en un voto de la Cámara del Noroeste de Chubut que en estos supuestos la indemnización del daño moral requiere de hechos que exhiban una fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, pues entonces, pueden ellos provocar una lesión al bien moral susceptible de ser compensada. Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez, Antonio H., LLPatagonia 2005 (junio), 1049, AR/JUR/407/2005 (del voto del doctor VELÁSQUEZ). En igual sentido: CNCiv., sala A, 1999/08/11, "A. C., L. c. S., E. G.", LA LEY 2000-C, 944, 945, J. Agrup., caso 15.039. Por ello se ha resuelto que no se trata de un daño in re ipsa,, sino que debe demostrarse cómo han causado la privación del goce de bienes de valor esencial como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (C.C.Com., de San Martín, sala II, 24-2-2000, E.D., del 24-1-2001, fallo 50.541). Con esta tesitura su dijo que en el caso los constantes vejámenes y abusos a que eran sometidos los familiares, son de una gravedad importante por lo que el daño moral causado resulta evidente. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 13/02/1997, T. de M., G. E. c. M., J., LLBA 1997, 728, AR/JUR/101/1997.

Vg. no se podría hacer lugar a una demanda de daños si no logra acreditar que el conviviente o el cónyuge se exhibiera desinteresadamente con su nueva pareja en lugares públicos, aunque no será viable dicha pretensión si lo hace en ámbitos reservados o transcurrido un tiempo prudencial, pues aunque refleje esto una conducta que resulta clara expresión de la pérdida del vínculo afectivo, no alcanza para presumir que tal comportamiento tuviera el inequívoco afán de mortificar, dañar el prestigio, honor e integridad espiritual,²¹ entonces debe especificarse el hecho constitutivo,²² y el daño propiamente dicho ya que la acción no es procedente cuando se hace difícil distinguir entre el agravio generador de resarcimiento y las manifestaciones de desamor o del propio conflicto familiar.²³ En definitiva, como dice ZANONNI el solo desamor no puede ser causa fuente de un resarcimiento autónomo.²⁴

¹⁹ Es decir, la configuración de un daño moral resarcible no resulta automáticamente presumida por la presencia de un hecho determinado, sino que es requisito demostrar la existencia cierta del perjuicio invocado. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 03/02/2010, L., G. C. c. B., M. A., AR/JUR/32/2010. Idem. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "M., E. C. c. J., A. L.", 27/02/2007, LLBA 2007 (junio), 558.

²⁰ Así se adujo que a los fines de determinar la procedencia del reclamo por daño moral es necesario probar que fueron efectuados con tal magnitud y publicidad al punto de tornarlos escandalosos, afrentando la dignidad y el honor. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, 28/04/2009, M., O. M. c. A., M. N., LLGran Cuyo 2009 (agosto), 706, AR/JUR/9361/2009. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008, B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Asimismo se dijo que si bien cuando media una ruptura de una relación afectiva, puede concluirse que ambos integrantes de la pareja sufren el dolor que se experimenta por el fracaso del proyecto de vida común trazado, resulta improcedente el reclamo en concepto de daño moral, cuando no han podido acreditarse hechos o circunstancias con suficiente entidad que viabilicen el reclamo resarcitorio. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, 30/03/2008 B. de A., M. del R. c. A., R. F., LLLitoral 2008 (junio), 550, AR/JUR/607/2008. Por su parte la sala K de la Cámara Nacional Civil entendió que es procedente el resarcimiento por daño moral a favor del cónyuge inocente en el juicio de divorcio si las circunstancias de la causa, por su gravedad, exceden de las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 14/02/2002, G., H. E. c. F., N. V., LA LEY 2002-B, 159 - DJ 2002-1, 474, AR/JUR/1864/2002. ver asimismo: CNCiv., sala A, "P., L. M. c. R, H. R.", 1997/09/25, La Ley, 1998-D, 737; "A. C., L. c. S., E. G.", 1999/08/11, La Ley, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.053; sala B, "G., A. M. c. O., J. A.", 1996/07/18, La Ley, 1998-E, 772 (40.829-S); sala J, "B., S. M. c. L. C., A. G.", 1999/02/18, La Ley, 2000-C, 945, J. Agrup., caso 15.048; "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, La Ley, 1999-C, 724 (41.441-S) y DJ, 1999-2-222; sala K, "R., A. c. J., M. E.", 1996/08/30, La Ley, 1997-C, 570. Y los artículos de doctrina: CIFUENTES, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", La Ley, 1990-B, 805 ; FERNÁNDEZ RIBET, Pedro I., "El daño moral en el divorcio", DJ, 1998-3-223 ; ROVEDA, Eduardo G. - SARQUIS, Lorena, "Daños y perjuicios entre cónyuges", DJ, 1997-3-993.

²¹ CNCiv., sala A, , A., M. D. c. B., P. M., DJ, 2007-2-701. Con similar postura la Sala G expuso que para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecerlo, objetiva y presuntivamente en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22/02/2008, O., E. B. c. M., A. C., La Ley Online; AR/JUR/489/2008.

²² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 18/02/1999, B., S. M. c. L. C., A. G. AR/JUR/1427/1999.

²³ Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 04/08/1995, R., J. E. c. A., O. E., DJ 1996-1, 272, AR/JUR/3643/1995.

²⁴ ZANNONI, Eduardo A.; Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en JA 1994-II-822.

8.- El resarcimiento del daño moral y material.

La integración de la perspectiva de reclamo de daños morales conjuntamente con los daños patrimoniales probados, como es propio a todo supuesto resarcitorio de daños generados en la ilicitud civil, no sólo se deriva sin dificultades del texto del art. 1738, 1740, y 1741 del CCyC, sino que ha sido admitida al día de hoy prácticamente sin retaceos.²⁵

En los casos de daños materiales el resarcimiento opera por equivalente (art. 730 inc. c), pero en materia de daño moral esto no es posible. No hay modo, por su misma naturaleza, de resarcir por equivalente. Y es imposible asignar a una suma de dinero el valor del bien moral lesionado, aquélla, como instrumento para el resarcimiento del daño moral, simplemente vendrá a facilitar al individuo que lo recibe la procuración de otros bienes o satisfacciones.²⁶

Por lo tanto el monto de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta las consecuencias perjudiciales que le provocó quien causó el daño con su actitud.²⁷

El art. 1741 establece que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, entonces retomamos las palabras de ZAVALA DE GONZÁLEZ quien ya sostenía que es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria,²⁸ pero lo cierto es que debe ser pagada necesariamente en una suma de dinero fijada en forma global, sin que a los jueces esté permitido autorizar su pago en forma de renta.²⁹

9.- Colofón.

El ir y venir de la jurisprudencia demuestra que continúa incierta la solución, a despecho del intento unificador de un fallo plenario, no imponiéndose un dogma tajante de aplicación de los principios de la responsabilidad civil ante la infracción a los deberes matrimoniales cualquiera sea la entidad de ella, lo cual es desopilante y repugna el sentido común, pero si es clara la afanosa búsqueda por los jueces de las razones para

²⁵ Así lo han declarado las I jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980, Comisión C, Despacho A-1), las Jornadas de Responsabilidad Civil, en homenaje al Dr. Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990, Comisión I, Despacho V-1), las Jornadas de Derecho Civil – Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra Méndez Costa (Santa Fe, 1990, Comisión I, Despacho VI-2), y lo afirman entre otros ZANNONI, BELLUSCIO, MOSSET ITURRASPE, MÉNDEZ COSTA, BARBERO, ALTERINI, BUSTAMANTE ALSINA, BREBBIA, LOPEZ DE CARRIL, MAZZINGHI, MOLINARIO, KEMELMAJER DE CARLUCCI Y ANDORO.CECCHINI, Francisco Carlos. SAUX, Edgardo Ignacio. Daños entre Conyuges. Prejudicialidad y Responsabilidad Civil. Ed. Zeus SRL. Pagina 84.

²⁶ PAGANO, Luz M y GIMENEZ, Luis A. Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges. Secc. DOCTRINA Tomo 1997-I. Pág. 942.

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Zárate-Campana, 17/04/2001, P., L. A. c. M., B. I., LLBA 2002, 579, AR/JUR/1472/2001. idem, CNCiv., sala J, "S. de S. R., M. A. c. S. R., J. R.", 1997/09/12, LA LEY, 1999-C, 724.

²⁸ ZABALA DE GONZALEZ, Matilde. *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1990, Pag. 520.

²⁹ SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino Actualizado por Arturo Acuña Anzorena. Fuentes de las Obligaciones" Tomo IV Buenos Aires, 1958, BELLUSCIO, Augusto C. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 625.

resolver en uno u otro sentido, demostrando la riqueza y variedad de los múltiples argumentos expuestos y el despliegue de un prudente criterio judicial ante el caso concreto sometido a decisión.³⁰

La jurisprudencia mayoritaria se inclinaba a favor del resarcimiento,³¹ la doctrina por su parte se encontraba más escindida,³² el mayor sustento de esta tesis es que la reparación es un derivado lógico de la existencia de un daño causado, en estos casos.

Por nuestra parte, creemos que el nuevo Código no aporta ninguna norma que solucione la cuestión, aunque debería haberlo hecho, por el contrario deja abierto el final de esta novela, que recién va por el comienzo.

10.- Nuestra propuesta a la Comisión.

³⁰ VIDAL TAQUINI, Carlos H. De la incierta responsabilidad por daños ante el divorcio, RCyS 2007, 548.

³¹ Ver CNCiv., sala C, 17/5/88, "P.M.S.C.P., J.C.D", La Ley, 1988-D, 377; id., sala F, 22/11/90, L., "J. c.M. de L.,E.P.", ED, 142-143; id., 21/5/93, "V.G.O. C T., A.C" JA, 1994-I-32; id., sala I, 18/7/96, "G.,A.M. c O., J.A." Rev. Gaceta de Paz, 17/9/96, p 2 ; id., sala K, agosto 30 de 1996, "R.,A c J., M.E.", La Ley, 1997- C-573; CCiv y Com. Junin, 20/12/94, "S.,M.T. C G.,E.M.", LLBA, 1995-397; ClaCC Lomas de Zamora, sala II, 13/2/97, "T. de M., G.E. c M.,J.", LLBA, 1197-728 CCivil y Com., Morón, sala II, 14/11/95, " M.,R.R. c. C., M.B.", LLBA, 1997-1045; ClaCCMar del Plata, Sala II, 8/4/97 " V.,L.c P.,O" LLBA, 1997-1287; Cciv y Com. San Isidro, sala I, 13/5/98, "R. de H., S c H., J. C", LLBA, 1998-1435. En sentido contrario, ver CC2º La Plata, Sala II 8/8/86, "A. V. De G.,M. C G., O.", La Ley, 1986- E-590; CNCiv., sala B, 13/6/90, "V.de D., c. D., R.. M.", de, 139-273, id., id., 30/10/92, "F., D.A. C D.,E.H!, JA-1993 – II -328; id., sala A, 25/9/97, "P.,L.M. c R., H.R..", LL-1998 – D -739; id., sala J, 12/9/97, "S de S.R.M.A.c.S.R., J.R. S/ divorcio, de, 17/2/98, p.14; id., sala K, 11/13/01, "A. de P., C. c P.,M.C.A", DJ, 2002- I-536; C1º de Apel Civ y Com., San Nicolás, 4/9/93, "F.M.B. C/ M.M.A. s/ divorcio", en www.eldial.com.ar, 6/10/03, "C., A. B c. S.,E.J s/divorcio", en www.eldial.com.ar, 15/11/03; etc.

³² A favor del reasarcimiento podemos encontrar a BUSTAMANTE ALSINA, Jorge Daños y Perjuicios. Responsabilidad Derivada del Divorcio", T.I., en *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Ed. Universidad. pág.763; MÉNDEZ COSTA, María "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos" Pág.636 en "Derecho de Daños", Libro Homenaje al Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE; FERRER, Francisco A. "Resarcimiento de Daños en la Separación Personal y en el Divorcio", pág. 303 en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. MENDEZ COSTA, María Josefa, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil", en "Derecho de daños", Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo, "Manual de Derecho de Familia"; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en "Responsabilidad civil en el Derecho de Familia" (con Zannoni) Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio", La Ley, 27-212; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", La Ley, 1983-C, 348; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Divorcio y responsabilidad civil", La Ley, 1988-D, 376; MAKIANICH de BASSET, Lidia, "Otra acertada acogida del derecho de reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio", ED, 115-844; BIDART CAMPOS, Germán, "Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral", ED, 130-289; URIARTE, Jorge A., "ReparaciónOb. Cit. Pag. 393; y "Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges", La Ley, 1991-D, 216; ALVAREZ PERRETTA, "Deber de fidelidad, daño material y daño moral", La Ley, 1985-A, 988; MINYERSKY, Nelly (III Congreso Internacional de Daños, AABA, abril de 1993, Disertación como Vicepresidente de la Comisión de Comisión N° 1, Derecho de Familia); LOPEZ DEL CARRIL, Julio, "Derecho de familia, p. 23, Benos Aires, 1984; GARCIA DE GHIGLINO, Silvia S., "Es indemnizable la pérdida de vocación sucesoria del cónyuge inocente (o "enfermo") por la conversión de la separación personal en divorcio vincular", La Ley, 1991-B, 776 (Sec. Doct.); VELAZCO, José Raúl, "La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio", La Ley, 1991-A, 1034; IPPOLITO, Silvia - LIZ, Carlos Alberto, "Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio", La Ley, 1991-E, 1051; LEVY, Lea - WAGMAISTER, Adriana - IÑIGO, Delia; "La situación Ob. Cit. Pag. 711. etcétera.

10.1.- De lege lata:

1. La procedencia de la acción de daños y perjuicios ante la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales resulta viable siempre que se produzca un daño injusto.
2. La viabilidad resarcitoria del derecho de daños está en relación con el hecho que configura la causal que da lugar a la ruptura del matrimonio o la convivencia y no opera ipso iure o per se.
3. La antijuridicidad se configura por la existencia de un daño no justificado, es decir, un daño injustamente sufrido cuya resarcibilidad no contraría el orden jurídico. (conf. art. 1717 del CCyC)
4. El orden jurídico debe ser entendido en todo su bloque (CCyC, normas especiales, CN, Tratados Internacionales, etc.). (Conf. art. 1 y 2 del CCyC).
5. De esos derechos resultara un interés, el cual el juez considerará si debe o no ser tutelado por dicho bloque normativo mediante una decisión razonablemente fundada. (Conf. art. 3 del CCyC).
6. La existencia de un daño injusto implica la lesión a un interés susceptible de tutela jurídica (vg. honor, dignidad, armonía familiar, estabilidad emocional, integridad física, psíquica o moral). (Conf. art. 1737 del CCyC).
7. El factor de atribución es el subjetivo basado en la idea de culpa o dolo, el daño debe tener la suficiente entidad para habilitar su reparación. (conf. arts. 1721 y 1739 del CCyC).

10.2.- De lege ferenda:

1. Si bien sostenemos la viabilidad de la aplicación del derecho de daños ante el hecho que motivo la ruptura del matrimonio o unión convivencial en la medida que se den los presupuestos reseñados anteriormente, consideramos necesario que exista **una norma especial** que autorice dicha aplicación porque el criterio antagónico atenta contra el carácter especial del derecho de familia.
2. Es por ello, que proponemos al respecto la **inmiscución de una norma en el plano del derecho de familia que autorice la aplicación del derecho de daños al campo reservado al derecho de familia**, tal como la preveía el art. 525 del

proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998.³³

³³ Ver esta posición en mis obras; JALIL, Julian Emil “*Derecho de Daños Aplicado*”. Ed. Grupo Ibáñez. BOGOTÁ. COLOMBIA. 2013. y “*Tratado de la Responsabilidad Civil*” Tomo I. Buenos Aires. 2012 y “*Daños en el Derecho de Familia*”. Buenos Aires. 2012. Asimismo ver los artículos de mi autoría: JALIL, Julian Emil. “Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil”, DFyP //2011 (enero), 13. **Ed. LA LEY**; “El "divorcio electrónico": ¿El medio más idóneo para una sociedad muda?”, La Ley Online 15. **Ed. LA LEY**; y “La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores”, publicado en: DFyP Ed. LA LEY, 01/06/2012, 2012 (junio), 29. **Ed. LA LEY**.