

LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor: Ricardo Rubén Enrique Hayes*

Resumen:

Para determinar la procedencia de la acción de daños y perjuicios derivados del divorcio, desde el Derecho debe enfocarse ante todo en la víctima del daño, y comprobado que fuera que éste haya tenido por causa adecuada el divorcio, deberá atenderse a su reparación por imperio de la letra de los artículos 1716 y 1717 del CCyC.

1. Introducción

En época del anteproyecto y posterior proyecto de este Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), el tema de la posible demanda de daños y perjuicios derivada del divorcio fue objeto de discusión en sucesivas jornadas y congresos de Derecho de familia. Se dijo que, desde que la nueva legislación civil consagra un proceso no condicionado a plazos de espera, más esencialmente libre de causales subjetivas derivadas de incumplimientos de deberes jurídicos impuestos a los cónyuges, mal podría pensarse en la procedencia de aquella acción. El razonamiento es sencillo, no hay deber jurídico matrimonial – salvo la asistencia y los alimentos que pueden ser demandados autónomamente- por tanto ninguna conducta contraria puede devenir antijurídica. Luego, no hay antijuridicidad, y sin antijuridicidad no hay daño.

Si ese modo de resumir la cuestión es tomado como correcto, no queda sino concluir que nuestro Derecho ha retrocedido. Una vez más, la víctima del daño parece abandonar el centro de la escena para pasar al último lugar de la fila. Veamos por qué.

2. Antecedentes

Hubo de correr bastante agua bajo el puente para que, en las últimas décadas de la vigencia del Código Civil de Don Dalmacio Vélez Sarsfield, fuera reconocida la aplicación del Derecho de daños en el Derecho de familia. En efecto, aquél cambio de paradigma surgido de la impronta de la ley 17.711 allá por el año 1968 y por el cual se pusiera el acento en la reparación de la víctima, es decir, se centrara la mirada en ella, se fue abriendo camino con el transcurrir del tiempo, aún en el ámbito del derecho familiar

* Profesor adjunto a cargo de la Cátedra Derecho Civil V –Familia y Sucesiones-, Profesor Jefe de Trabajos Prácticos por concurso en la Cátedra Derecho Civil I- Parte General- y Profesor de Posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Doctorando en Derecho (UNLZ). Juez integrante de la Sala B de la Excma. Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut.

hasta obtener una aceptación cuasi unánime. Más, será realmente así? Será acaso que tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron quienes receptaron la idea gradualmente? o sucedió al revés? La respuesta correcta puede conducirnos a develar la incógnita que hoy se nos presenta, habiendo apenas traspasado el umbral del nuevo Código Civil y Comercial.

Sí, es cierto, mucho se discutió acerca de las posibles implicancias de la introducción de conceptos vinculados al Derecho de daños en el Derecho de familia. La función resarcitoria, de neto corte patrimonial, parecía no adecuarse a los ejes rectores de una rama del Derecho caracterizada por cuestiones no vinculadas a parámetros económicos. Sin embargo, es claro que el hecho de que quienes sufrieran el daño integraran una familia, no podía desprotegerlos frente a las consecuencias disvaliosas del mismo o, dicho de otra manera, no era justo que quien provocara aquél daño se viera beneficiado y pudiera evitar ser condenado a resarcirlo sólo porque lo había causado en el seno familiar.

He allí el punto de partida útil, a mi juicio, para desmadejar aquella incógnita a la que antes me refiriera. Y lo digo así, puesto que, en rigor de verdad, no fue que la doctrina y la jurisprudencia le abrieron paso al Derecho de daños en el marco del derecho familiar, sino que fue el valor justicia el que se hizo lugar aún frente a toda resistencia. La diferencia parece sutil. No lo es tanto.

3. Los nuevos paradigmas

Uno de los paradigmas del CCyC está representado por la denominada “constitucionalización del derecho civil”. No hace falta, a esta hora, recalcar en la letra detallada de los tantos tratados a los que, en materia de derechos humanos, nuestra Carta Magna ha adherido. Desde el vamos entonces, si somos coherentes, mal puede dejarse huérfana de una reparación a la víctima del daño. Piénsese en una mujer que agotada por el maltrato a que vive sometida por el otro integrante del matrimonio solicita el divorcio. Sí, claro, obtendrá la sentencia sin que nada pueda impedir su dictado. Más, sucede que el tratarse bien y respetarse no se encuentra legislado específicamente como deber matrimonial, luego pareciera que accionar por los padecimientos sufridos constituye para algunos una utopía.

Otra bandera que se ha alzado es la de la solidaridad familiar. Vaya solidaridad la de aquél que abandona al cónyuge a su suerte, dejando de un día para otro y sin razón que lo justifique, el hogar conyugal. Pero resulta que la cohabitación hoy tampoco constituye un deber jurídico impuesto a los integrantes de la unión matrimonial - aunque paradójicamente la misma cohabitación sí les sea exigida a los miembros de las uniones convivenciales como requisito para que le sean reconocidos efectos jurídicos. Luego, si la convivencia no es requerida en el matrimonio, pareciera que aquél abandono y su eventual daño no clasifican, si se me permite el término, para una acción por daños y perjuicios.

Hay quienes sostienen que lo que debe primar es el principio de la autonomía de la voluntad. La postura no es criticable, al contrario bienvenida sea la recepción de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia frente a un Estado en el que han reinado las normas imperativas en la materia. Ahora, desde otro punto de vista, el intrafamiliar, debe reconocérsele igual trascendencia? En principio se podría decir que sí, más considero que el límite se debe establecer en el momento en que la mentada

autonomía transite la senda del egoísmo. Alguien ha dicho que el matrimonio es un contrato, más no por ello le son asimilables idénticas reglas que a una compraventa. Es saludable que la autonomía de la voluntad tenga lugar en las relaciones de familia, sin embargo la cosa cambia si aquella atenta contra un principio superior, el de la solidaridad familiar. Éste, más allá de no estar específicamente definido, trasciende el mero campo de lo económico, adquiriendo real valor en lo que a la relación humana atañe.

4. El tema de la fidelidad

Tal vez la fidelidad, otrora deber jurídico, hoy devenido en deber moral – y aclaro, no porque el deber moral sea de inferior jerarquía sino porque tal su naturaleza propia dicen, ningún lugar le cabe en un cuerpo normativo-, haya sido una de las fuentes de mayor impacto desde las que se ha venido debatiendo en torno al tema que estamos tratando.

Decían las prestigiosas Doctoras Kemelmajer de Carlucci y Herrera que “En el caso, es bien sabido que: la mención al deber moral de fidelidad fue una transacción con la Iglesia Católica...”¹. Da la impresión que esa afirmación poco tuviera que ver con la promocionada “sociedad multicultural” a la que la primera, una de las prestigiosas juristas a quienes les fuera encargado el titánico trabajo de la reforma, sostuvo tantas veces estaba dirigida ésta última. Ello, en tanto no cabe duda que aquella sociedad multicultural difícilmente responda a un solo credo, y más allá de ello, que se prejuzgue tamaña torpeza de la Iglesia Católica. En fin, lo grave es que la vida de los ciudadanos sea pasible de una simple transacción que se traduzca en una construcción gramatical pero que se abstraiga de la realidad, si es que así fue.

Bien podría pensarse que sucede con ese deber de fidelidad si se lo mira bajo la lupa de la sociedad- ya sea ésta multicultural o como quiera adjetivársela. Nos encontramos bajo algo así como una especie de ficción jurídica forzada?, o es que en verdad ya a nadie le importa la fidelidad como un valor intrínseco de la unión matrimonial, o dicho de otro modo, a quien le agrada la infidelidad? Decían las autoras citadas en el mismo trabajo “Al Código Civil y Comercial no debe importarle... si se trata de un matrimonio que ha convenido llevar adelante un modelo de pareja *swingers*, o perdonar infidelidades, o dormir en camas separadas, como así tampoco si uno se ha convertido en un *workaholic* o dejó la universidad para dedicarse a su hobby de pesca con mosca, o decidió hacer carrera política. Todos estos “pactos matrimoniales” forman parte de la intimidad de los cónyuges”².

Estoy de acuerdo con las distinguidas juristas, y si esa ha sido la fuente inspiradora, pues surge claro el porqué la fidelidad ni siquiera iba a ser mencionada en el proyecto original. Pero el tema aquí, es que hay otros tantos matrimonios a los que si les importa la depreciada fidelidad, y permítaseme aventurarme en la idea de que a los miembros de esos matrimonios la infidelidad ha de causarles con certeza un daño. Y parece, según algunas voces, que se lo tendrán que guardar en el bolsillo.

¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída- HERRERA, Marisa; “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, Diario La Ley, ed. 02-07-2015, pág. 2.

² KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída- HERRERA, Marisa; art. citado, pág. 3.

Decía muy bien la Dra. Graciela Medina “Porqué si queremos dar opciones de vida propias de una sociedad pluralista no pensamos en reales alternativas. Como por ejemplo que los contrayentes puedan optar por contraer: (i) un matrimonio indisoluble³; (ii) un matrimonio susceptible de divorcio en razón de ciertas causas y solo susceptible de ser promovido por el inocente; o (iii) un matrimonio con ciertas obligaciones personales voluntariamente asumidas por las partes, más extensas que las previstas para el matrimonio ordinario”.

“Si bien podría cuestionarse la constitucionalidad de la opción por un matrimonio lisa y llanamente indisoluble no parece que ello pudiera extenderse a las otras hipótesis. En el marco de un sistema constitucional como el de Estados Unidos, de obvia vinculación con nuestro régimen constitucional, ciertos Estados admiten el denominado *covenant marriage* o matrimonio blindado o matrimonio alianza) en el que los cónyuges asumen determinadas causas de ruptura y el compromiso formal de superar las eventuales dificultades que pudieran amenazar la continuidad de la unión. Se trata de iniciativas legales orientadas al fortalecimiento del matrimonio que permiten la plasmación positiva de la libertad de los cónyuges de comprometerse y constituyen una alternativa a los divorcios incausados; así lo señala el mismo título de un trabajo publicado hace ya unos años: “El *covenant marriage* como alternativa a las *non fault divorces*”.⁴

En principio, creo que se ha seguido el orden inverso al legislar. La presumida injerencia del Estado en las cuestiones familiares nunca le importó a aquellas parejas que decidieron hacer de su unión lo que mejor les pareció y, haciéndose mutuas concesiones, vivieron su unión matrimonial con la libertad con que les plació hacerlo. Enhorabuena si así lo convinieron. Lo que pasa es que hoy se dice que el CCyC legitima esas decisiones, las que en verdad siempre fueron legítimas desde que se entroncan en el derecho a la intimidad, tal el reconocimiento expreso del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Ahora, quienes han decidido vivir su matrimonio de otra manera también merecen que nuestro ordenamiento los considere.

Y es en ese orden de ideas, presumiendo tal vez que éstos últimos pudieran verse dañados por aquellas que tradicionalmente han sido consideradas inconductas matrimoniales y que culminaran en un divorcio, es que resurge el interrogante de si es posible que desde allí resulte procedente una acción por daños y perjuicios.

5. La procedencia de la acción de daños derivados del divorcio

³ CHIESA, Pedro José María, El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas, tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2010; De Fuenmayor, A., Derecho de contraer matrimonio civilmente indisoluble, en “Estudios de Derecho Civil”, Navarra, 1992

⁴ CAÑIVANO, Miguel Angel, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2002-166. Este autor indica que a la época de su trabajo tenían consagrado este tipo de matrimonio Louisiana, Arkansas y Arizona; en Michigan y en Iowa leyes semejantes se encontraban en trámite parlamentario. Las leyes indicadas definen al *covenant marriage* como un “matrimonio convenido entre un hombre y una mujer, que comprenden y están de acuerdo en que el matrimonio es una relación para toda la vida. Los contrayentes, en este caso, han recibido un especial asesoramiento sobre la naturaleza del matrimonio y sus responsabilidades. Sólo cuando haya habida un completo y total incumplimiento del compromiso adquirido en virtud del convenio marital, podrá la parte agraviada obtener una declaración para que el matrimonio no sea legalmente reconocido por más tiempo” (traducción de Cañivano, ob. Cit., Pág. 170; el texto en inglés de la New Louisiana Covenant Marriage Act, en el mismo lugar citado, nota 14). Citado por MEDINA, Graciela en su detallado trabajo “Las grandes reformas al Derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”.

A esa hora, el primer error es identificar culpabilidad y daño. Por de pronto, la culpa estrictamente considerada, o culpabilidad en el concepto amplio de la denominada doctrina clásica- que es comprensiva de la idea de culpa y de dolo – se constituye en un factor de atribución subjetivo de la responsabilidad (art. 1721 CCyC), luego, determinado que fuera el mismo, la ley coloca en cabeza de quien ha causado el daño la obligación de resarcirlo. Si bien es claro que el factor de atribución resulta elemento esencial del acto ilícito, el daño en si es pues, elemento distinto. El art. 1737 del CCyC lo define disponiendo 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”.

Ya en tiempos del Código Civil derogado, la acción por daños y perjuicios que derivaran del divorcio era necesaria – y correctamente – admitida o no, más allá del juzgamiento de la culpabilidad. Quiero decir, el hecho de la culpabilidad no habilitaba automáticamente la condena por daños y perjuicios. Sin perjuicio que la procedencia del reclamo por los daños debía ser ventilado en juicio separado, la culpa decretada en el divorcio no constituía sino aquél factor de atribución del que hablaba antes, el daño venía después.

Es que, en cualquier proceso de daños, demostrada la relación causal adecuada entre acción antijurídica y daño, pues habrá que ver en que factor de atribución – objetivo o subjetivo- reposará la responsabilidad del agente. En la acción por daños derivados del divorcio era otro el camino, la culpa había sido juzgada en el divorcio, había un punto de partida determinado por ese factor, más había que probar luego el daño, y no cualquier categoría de daño era considerado de entidad suficiente a la hora de condenar la reparación. Así, se inclinaba la jurisprudencia por aceptar el reclamo cuando el daño era suficientemente grave y punzante.⁵

Y que sucede en nuestro actual CCyC, puesto que no existirá ahora culpa alguna a juzgar en los procesos de divorcio. Toda idea de culpa ha sido desterrada en materia matrimonial, como también aquél puntual concepto de antijuridicidad que importaba la violación de conductas establecidas como deberes jurídicos matrimoniales.

6. Hacia una solución

Considero que el eje rector debe establecerse atendiendo a la víctima del daño, ello en consonancia con el principio fundamental del *alterum non laedere*, aquél integrador de la célebre fórmula tripartita del Ulpiano que ha impregnado e impregna nuestra legislación.

No se trata entonces de ver el árbol sino de ver el bosque, no se trata de buscar la culpa en un divorcio que ya no la habrá de juzgar, se trata de buscar la conducta antijurídica y el factor de atribución tras el daño, tras el sufrimiento de la víctima. Y si mencioné el dolor es porque la mayor de las veces el daño será moral, en el interior del ser, en el honor. Allí se encuentra la clave. La pretensión de justicia está dada por el clamor de reparación si hay daño causado y este daño es el punto de partida. Por un lado, el art.

⁵ HAYES, Ricardo Rubén Enrique, “La procedencia de la acción de daños derivados del divorcio vincular en el marco del Proyecto de Reforma del Código Civil”; Revista de Derecho de Familia y de las Personas, N° 38, Ed. La Ley, ed. Octubre 2012.

1717 del CCyC califica como antijurídica a cualquier acción u omisión que cause un daño, si no está justificada. Primer problema resuelto.

Luego, y ordenado a aquél principio del no dañar a otro, la respuesta final está consagrada en el art. 1716 del CCyC que establece el deber de reparar y dispone “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”. Allí, la solución a la segunda cuestión.

7. Conclusiones

Nos preguntábamos en el principio sobre la procedencia de la acción de daños y perjuicios derivados del divorcio. La respuesta que desde el Derecho debe darse debe considerar ante todo a la víctima del daño, y comprobado que fuera que este haya tenido por causa adecuada el divorcio, deberá atenderse a su reparación por imperio de la letra de los artículos 1716 y 1717 del CCyC.

Ya en el trabajo citado recordé que acertadamente decía la Dra. Elena Highton de Nolasco “los expedientes no son ficciones, no deben contener ficciones ni fomentar la hipocresía, sino estar acordes al transcurso de la vida en la República”.⁶

Es que, quienes se dedican al Derecho de familia bien conocen que en las problemáticas a las que asisten se entremezclan pasiones, algunas veces alegrías, más las más de ellas tristezas, frustraciones y dolor, sentimientos que en tantas circunstancias imprimen en el espíritu del justiciable aquella mutilación característica que ocasiona el daño injusto. Mal haría el Derecho si no les diera respuesta.

⁶ HIGHTON de NOLASCO, Elena; de su voto en disidencia en el fallo de la C. N. Civ. sala F, 12-X-1994, JA 1995-III-350; Highton, Elena I., “Fidelidad ¿hasta cuando?”, RDF 16-2000-50)