Comisión n° 3, Daños: “Daños en las relaciones de familia"

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y EL DIVORCIO INCAUSADO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Autor: Luis R. J. Sáenz[1]

Resumen:

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación los daños que surgen por el divorcio únicamente dan lugar a su reparación cuando haya existido un accionar doloso, en los términos del art. 1724 de dicho cuerpo legal, del cónyuge sindicado como responsable.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación[2] importó una reforma integral de nuestro Derecho Privado, y una actualización del ordenamiento civil a las características de la sociedad actual. En efecto, las normas contempladas en el CCyC importan un giro copernicano en diversos aspectos de esta rama del derecho, como, por ejemplo, respecto de la persona humana, las sociedades, los contratos paritarios, de adhesión y de consumo, etc. Asimismo, el nuevo ordenamiento civil se finca, entre otros elementos primordiales, en el proceso de constitucionalización del derecho privado, caracterizado no solo por la incorporación a la Constitución y los tratados internacionales de institutos que tradicionalmente formaban parte del derecho privado, sino también por un cambio de paradigma consistente en "releer" los casos privados en términos de conflictos de derechos fundamentales, lo que arroja, como resultado, una Carta Magna invasora, entrometida[3].

Este último fenómeno se encuentra consagrado en el art. 1° del CCyC, conforme al cual *"Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte"*.

Ahora bien, entre las diversas novedades que trae el cuerpo legal en análisis revisten particular trascendencia las vinculadas con el matrimonio y el derecho de daños. Si bien ambos institutos parecen ser independientes y autónomos entre sí, lo cierto es que encuentran diversos puntos de contacto, y pretendemos, en el presente análisis, referirnos brevemente a uno de ellos: la responsabilidad por los daños derivados del divorcio.

En este sentido, ha discutido por largo tiempo la doctrina y la jurisprudencia, en plena vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, si en su ámbito resultaba procedente reclamar los daños y perjuicios generados por el divorcio vincular (I). Pero esta discusión sufre graves modificaciones con motivo de la sanción del CCyC, entre otras razones, por la desaparición del divorcio culpable o con expresión de causa. Ello

[1] Profesor adjunto. Universidad de Palermo.
[2] En adelante CCyC.
[3] Picasso, Sebastián, "La reforma del derecho de daños", JA 2012-12, 26.

impone analizar si resulta procedente, y en qué supuestos, el reclamo de los perjuicios generados por el divorcio (II).

I. Los daños generados por el divorcio con anterioridad a la reforma.

La doctrina y la jurisprudencia han discutido en extenso sobre la procedencia o no de reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio. Así, existe un sector que ha postulado la improcedencia de dicha pretensión, fundada tanto por la especialidad del derecho de familia, la inexistencia de una norma similar al art. 255 del Código Civil derogado para el divorcio, un aumento de la litigiosidad, etc.[4]. Sin embargo, una postura mayoritaria postuló la admisión de los daños en estos casos[5].

En lo que aquí interesa, es importante poner de resalto que quienes sostenían, conforme al ordenamiento derogado, la procedencia del reclamo de los daños derivados del divorcio, consideraban –en general- que la responsabilidad no es un efecto de la ruptura, y sólo es admisible cuando se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil. De este modo, no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho, sino de consecuencias con reparaciones o sanciones independientes[6].

Por ello, para que resulte procedente el resarcimiento era primordial que se encuentren reunidos los presupuestos del deber de resarcir los daños ocasionados[7]. Entre ellos, era primordial tener en cuenta que la antijuridicidad —siempre en el régimen derogado— surgía de la infracción de los deberes contemplados en el art. 202 del Código Civil de Vélez Sarsfield (art. 214 del mismo cuerpo legal).

Sin embargo, se encontraba discutido cuál era el factor de atribución aplicable. En efecto, si bien existe coincidencia en cuanto a que no basta la declaración de culpabilidad propia del divorcio[8], se discutía si era suficiente con que el accionar del cónyuge culpable fuera negligente (en los términos del art. 1109 del Código)[9], o si era preciso que se configure un factor de atribución agravado, como puede ser la culpa grave o el dolo[10].

2. Los daños generados por el divorcio en el CCyC.

Dicho ello, y como ya lo hemos adelantado, el nuevo ordenamiento civil consagra una reforma sustancial en materia de divorcio. Así, desaparecen las causales subjetivas, y se

---

[4] Ver, al respecto, el voto de la minoría en el fallo CNCiv, en pleno, 20/9/1994, "G., G. G. c/ B. de G., S.", JA 1994-IV, 549; Solari, Néstor E., "Comentario al fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil "G., G. G. c/ B. de G., S. M.", LL 2004, 426.

[5] Ver voto de la mayoría en el fallo citado en la nota que antecede. Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 398 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, "Los daños emergentes del divorcio", LL 1983-C, 348; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 683; Medina, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", LL 2012-E, 1302.

[6] Rivera, Julio C., "Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio", JA 1994-IV, 576.

[7] Tanzi, Silvia – Papillú, Juan M., "Los daños y perjuicios derivados del divorcio", LLOnline AR/JUR/1373/2011.

[8] Tanzi - Papillú, art. cit.

[9] Bustamante Alsina, op. cit., p. 684.

[10] Medina, art. cit.; Cifuentes, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial", LL 1990-B, 805.

consagra un divorcio sin expresión de causa (art. 435 y cctes.). En este sentido, establece el art. 437 del CCyC que *"El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges"*. Si bien puede existir desacuerdo entre las partes en cuanto a los efectos derivados de aquél, dichas controversias en ningún caso podrán afectar o suspender el dictado de la sentencia de divorcio (art. 438).

Asimismo, la primera parte del art. 431 del mismo cuerpo legal prevé, al referirse a los derechos y deberes de los cónyuges, que *"Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, y el deber moral de fidelidad"*. Sobre este aspecto, es claro que la fidelidad no constituye un deber jurídico al que deben someterse los cónyuges, pues el régimen legal le confiere un carácter meramente "moral" a la mención allí efectuada. Asimismo, y respecto de la convivencia, es evidente que, al derogarse el divorcio culpable, la violación del deber de cohabitar no da lugar a sanción alguna, y constituye únicamente una enunciación, también de carácter moral, realizada por la norma citada en último término[11]. La razón de ser de la supresión de las causales subjetivas surge, a su vez, de los fundamentos del Anteproyecto, en donde la Comisión de Reformas da cuenta del alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. Se busca, de esta forma, colaborar a superar la ruptura matrimonial de la forma menos dolorosa posible para los integrantes del grupo familiar.

Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad civil ello tiene consecuencias más que relevantes, pues el presupuesto de la antijuridicidad, indispensable para que surja el deber de resarcir (art. 1717 del CCyC), ya no puede sustentarse en la existencia de una de las causales previstas en el art. 202 del Código Civil derogado. Es que el accionar del cónyuge en violación de los deberes de convivencia y fidelidad podrá ser susceptible de un reproche social, pero no constituirá ilícito alguno. A riesgo de ser reiterativos, es importante reforzar esta idea: el adulterio o la falta de cohabitación no constituyen una acción ilícita por parte de los cónyuges. Esta regla, por otra parte, es acorde con el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, y con la prohibición de que el Estado se inmiscuya en la intimidad familiar prevista en diversos tratados internacionales (art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros).

Se han alzado voces en contra de esta postura. En este sentido, se sostiene que la violación del deber moral de fidelidad, al lesionar un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, constituyen un accionar ilícito en los términos del art. 1717 del CCyC, por lo cual las consecuencias de dicha conducta son plenamente resarcibles[12]. Sin embargo, esta doctrina pierde de vista la causal de justificación del ejercicio regular de un derecho, expresamente consagrada en el art. 1718, inc. "a" del mismo cuerpo legal. En efecto, la violación de los deber moral antes aludido constituye un ejercicio regular del derecho por parte del cónyuge —a tenor de lo que antes hemos expuesto—, por lo que, toda vez que la conducta desarrollada por el sindicado como responsable es lícita, el daño se encuentra justificado, y no da lugar a resarcimiento alguno. Como lo

[11] Herrera, Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 39.

[12] Medina, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 287.

señala Zavala de González en su excelente trabajo sobre el tema, no puede hablarse de antijuridicidad respecto de un obrar que no constituye una infracción jurídica. Y la afectación de deberes de carácter moral sólo puede dar lugar —por vía de hipótesis— a la reprobación y sanciones éticas[13].

El interrogante que surge —como lógica consecuencia de lo ya expuesto— es si existe algún supuesto en que proceda la acción de los daños generados por un cónyuge al otro en razón del divorcio. Y la respuesta a dicho problemática no es sencilla, pues en principio no existen razones que, en abstracto, permitan determinar la ilicitud del accionar de las partes en el marco del divorcio, como para proceder a otorgar un resarcimiento por su conducta (art. 1718, inc. a del CCyC).

Para dilucidar esta cuestión, consideramos preciso recurrir a un aspecto del dolo en el derecho de daños que es pocas veces puesto de resalto. Al respecto, enseñan De Lorenzo y Tobías que, muchas veces, el dolo cuenta con la capacidad de atraer al área del ilícito hechos que, en su ausencia, hubieran quedado perfectamente al margen. El dolo, desde esta óptica, adquiere una valencia autónoma dentro del funcionamiento del *alterum non laedere* operando como criterio de selección de intereses merecedores de protección.

El dolo no es simplemente un criterio de imputación de la responsabilidad, como ocurre con la culpa, el riesgo, la garantía o la equidad, sino que además constituye un elemento capaz de influir en el interior del sistema de la ilicitud o injusticia del daño. Por ello, si bien es cierto que de un ilícito del cual se responde por culpa, se responderá también a título de dolo, no acontece lo mismo en la situación inversa, en tanto existen ilícitos de los cuales —por la ley o por creación jurisprudencial— se responde exclusivamente si el agente obró con dolo. Esta idea es la que subyace, por ejemplo, en la doctrina de la real malicia elaborada por al Corte Suprema de Justicia de la Nación, o frente a los perjuicios ocasionados por competencia desleal, o por acusación calumniosa, etcétera. En todos estos casos el ordenamiento jurídico protege al máximo el ejercicio de un derecho o facultad, pero solo hasta el límite del dolo[14].

La regla antes aludida, aunque no expresa, es la que subyace en el nuevo CCyC en la materia en estudio. En efecto, el divorcio no da lugar a ningún tipo de reparación, pues no existe *per se* un accionar ilícito que pueda imputarse a alguno de los cónyuges. Sin embargo, cuando un integrante del matrimonio disuelto, con su conducta, ocasione un daño al otro, y lo haga con dolo, entonces su accionar, en principio lícito, se tornará antijurídico por la intencionalidad involucrada.

No debe perderse de vista, a su vez, que la idea de dolo en el CCyC no incluye únicamente el hecho realizado con la intención de dañar a la víctima, sino también cuando el daño se produzca con una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724).

Asimismo, consideramos que esta es la noción que tuvo en cuenta la Comisión de Reformas al elaborar el Anteproyecto, pues, como claramente lo señalan sus fundamentos: *"Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de al responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona"*.

---

[13] Zavala de González, "Daños entre familiares", LL 2015-A, 562.

[14] De Lorenzo, Miguel F. – Tobías, José W., "El dolo en el derecho civil (propuestas para una noción en eclipse)", LL 2001-C, 1102.

A la luz de lo expuesto en estas breves consideraciones, consideramos que la reparación de daños por la disolución del vínculo matrimonial es excepcional, y solo procede cuando uno de los cónyuges haya actuado con intención de dañar al otro, o cuando haya tenido un grave menosprecio por la persona de este último.

3. Conclusiones.

1) Es un principio general del nuevo CCyC que el divorcio no da lugar a la reparación de los daños que sean ocasionados, dado que el accionar de los cónyuges es lícito, incluso cuando se infrinjan los deberes morales de convivencia y fidelidad mencionados por el art. 431 del nuevo ordenamiento civil.

2) Como excepción, la conducta del sindicado como responsable podrá ser considerada ilícita únicamente cuando haya actuado con dolo frente a su cónyuge en el marco del divorcio, esto es, con intención de dañar o con grave menosprecio de su persona.