

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

SELVA MÓNICA TOLEDO *
SYLVIA CRISTINA GABRIEL²

*El mérito de este trabajo se lo dedico a la memoria de mi
mejor amiga Mónica Toledo, desaparecida el 16/4/82,
en el accidente de Cnef. Vidal, con quien tuvo el privilegio
de compartir la redacción del presente artículo.*

S. C. G.

Introducción

La labor que nos propusimos apunta a analizar los diversos vínculos resultantes de las relaciones de familia bajo el prisma de la «responsabilidad civil».

La primera delimitación está dada por la materia. Tomaremos únicamente aquellos vértices de las relaciones familiares que tengan algún interés —tutelado o no tutelado expresamente por nuestra legislación— desde la esfera de la responsabilidad civil.

La segunda delimitación viene dada por la circunstancia. Dado la extensión de este trabajo, sacrificaremos toda pormenorización que nos prive de lograr completitud y claridad expositiva.

Haremos una breve introducción dentro del campo del

* Estudios de Derecho (U.B.A.)

derecho que incursionaremos, el derecho de familia, con el propósito de analizar los aspectos del mismo que puedan incidir en el problema central de este trabajo: los presupuestos de la responsabilidad civil —Antijuridicidad; Daño; Causalidad; Factores de Atribución—.

Reseñaremos las hipótesis de responsabilidad civil que nuestra legislación prevé expresamente, para pasar a aquellas que no están legislativamente contempladas.

Terminaremos nuestra exposición con el análisis más detallado de algunos de los supuestos que no encuentran actualmente una normativa que los tutele.

Emprenderemos la tarea con un cuestionamiento inicial: ¿Debe considerarse legislativamente una reforma especial de responsabilidades en el derecho personal de familia?: el que trataremos de ir contestando en el desarrollo de la obra.

Índice

I. La responsabilidad civil en el Derecho de Familia —	
Parte I	99
1. La familia — Concepto	99
2. El Derecho de Familia	99
3. Derechos subjetivos familiares— Concepto	101
4. La responsabilidad derivada del incumplimiento de los derechos subjetivos familiares	101
5. La antijuridicidad de la conducta violatoria de los derechos subjetivos familiares	103
6. Daños derivados del incumplimiento de los derechos subjetivos familiares	103
7. Requisitos del hecho generador del daño como causa de la reparación	105
8. La reparación del daño	105
9. El factor de atribución fundamentalmente subjetivo.....	106
10. Propuestas	107
II. La responsabilidad civil en el Derecho de Familia —	
Parte II	108

1. Introducción	108
2. Hipótesis de responsabilidad civil	108
A. Nulidad de matrimonio	108
B. Responsabilidad del tutor	109
C. Responsabilidad del curador	110
D. Responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos	112
E. Responsabilidad de los tutores y curadores por los hechos ilícitos de sus pupilos y curados respectivamente	112
3. Hipótesis de responsabilidad civil no previstas expresamente	112
A. Daños y perjuicios derivados del divorcio vincular y la separación personal	112
B. Esponsales	113
C. Incumplimiento de la obligación alimentaria	114
D. Concubinato – Indemnización por ruptura – Indemnización por muerte del concubino	114
E. Falta de reconocimiento de la filiación extrama- trrimonial que resulta comprobada en juicio	116
F. Abandono del hijo por su padre o madre o ambos	116
G. Incumplimiento del derecho de visitas	117
H. Responsabilidad por los daños producidos por fraude a los derechos de participación a los bienes gananciales	117
I. Responsabilidad por daños genéticos	118
III. Análisis de algunas hipótesis de responsabilidad civil en el derecho de familia no regulada normativamente	118
1. Daños y perjuicios derivados del divorcio vincular y la separación personal	118
A. Introducción	118
B. Antecedentes históricos	119
a. Derecho Romano	119
b. Las Partidas	119
c. Derecho Francés anterior a la Revolución	120
C. Derecho Comparado	120
a. Derecho francés	120
b. Derecho suizo	120

LECCIONES Y ENSAYOS

c. Derecho italiano	121
d. Derecho alemán	122
e. Derecho griego	122
f. Derecho etíope	123
g. Derecho portugués	123
h. Derecho peruano	123
i. Derecho chino	123
j. Derecho soviético	124
D. Doctrina nacional	124
a. Tesis Positiva	124
b. Tesis Negativa	126
E. Presupuestos para que proceda la responsabilidad civil en caso de divorcio vincular y separación personal	127
a. Carácter de la responsabilidad	127
b. La Antijuridicidad	128
c. Daños resarcibles a causa del divorcio vincular y la separación personal — Fuentes	129
d. Reparabilidad del daño	130
e. Culpabilidad — Diversos supuestos	131
f. Evolución Jurisprudencial	132
F. Anteproyecto de Reforma	136
2. Daños y Perjuicios derivados del incumplimiento del derecho de visitas	138
A. Marco normativo del derecho de visitas	138
B. El derecho del hijo a mantener una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente	138
C. El incumplimiento del régimen de visitas y la reparabilidad de los perjuicios	139
D. Incumplimiento parcial o total del régimen de visitas: causas y medios compulsivos, sancionatorios, civiles y penales	140
E. Conclusiones	142
3. Falta de reconocimiento de la filiación extramatrimonial que resulta comprobada en juicio	142
A. Antijuridicidad y factores de atribución	142
B. El daño	143
C. La relación de causalidad	144
D. Jurisprudencia ilustrativa	145
Bibliografía	145

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA — PARTE I

I.1. LA FAMILIA — CONCEPTO

Nuestro ordenamiento legislativo brinda dos conceptos particulares de familia en los arts. 2953 párr. 2do. Cod. Civ. y art. 36 de la ley 14.394 mas de ninguno de ellos puede extraerse un concepto legal general.

La doctrina, sin embargo, ha hecho su labor constructiva distinguiendo varias significaciones del vocablo que resumiremos en tres, a saber:¹

a. Familia en sentido amplio (como parentesco) la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco; sería el «conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje», incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge.

b. Familia en sentido restringido (pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial): la familia se reduciría a la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su patria potestad.

c. Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo): la familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

I.2 EL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia está integrado por normas reguladoras de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales de orden familiar. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad integran el derecho civil ².

¹ Bellavista, Augusto, *Manual de derecho de familia*, Ed. Depalma, T. I, pág. 36.

² De Zaccari, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, Ed. Astor, pág. 69.

Sin embargo, el derecho de familia reviste caracteres peculiares que lo distinguen de otras ramas del derecho civil:

a) La influencia de las ideas morales, éticas, políticas y religiosas en la adopción de soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta;

b) La fuerte limitación a la autonomía de la voluntad, dada la imperatividad de sus normas;

c) La mayor participación de los órganos estatales en cuestiones de familia;

d) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes o son correlativos de ellos, calificándoselos como derechos-deberes² o bien poderes-funciones³.

De acuerdo a las Conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe celebradas durante el 8 y 9 de noviembre de 1990⁴ hubo unanimidad en sostener que:

«Es imprescindible el estudio interdisciplinario de toda la temática referida al Derecho de Familia».

Sin embargo no hubo consenso, entre los juristas participantes, en cuanto a las reglas aplicables a tal responsabilidad, generándose dos despachos:

Despacho A: *«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 en la comunidad».* (Fdo.: Adorno, Giangreco, Brebbia, López Cabana, Alterini, Lloveras de Resk, Velasco, Medina, Palacio, Saux, Carlucci, Pérez de Morales, Deppeler, Duchownak)

Despacho B: *«La responsabilidad civil por daños en instituciones propias del derecho personal de familia excluye la*

² Zanoni, ob. cit. pág. 8.

³ Bellverio, ob. cit. pág. 26/27.

⁴ Jornadas de Derecho Civil — Familia y Sucesiones — Conclusiones, publicadas en J.A. del 26/4/91, Nro. 5718.

aplicación de los principios generales propios de aquella responsabilidad- (Fds.: Pettigiani, Di Lella, Borda).

1.3. DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES — CONCEPTO.

Ampliando lo explicado en el punto anterior, podemos definir los derechos subjetivos familiares como las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares..... que pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial.

Estos derechos subjetivos familiares pueden servir para la satisfacción de intereses propios del titular del derecho, p. ej.: el derecho de reclamar alimentos, el derecho de deducir las acciones de separación personal o de divorcio vincular, el derecho del marido a impugnar la paternidad de los hijos dados a luz por su su esposa durante el matrimonio, etc.

Pero también los derechos subjetivos familiares pueden ser reconocidos como facultades otorgadas para la protección de intereses ajenos, como sucede con el ejercicio de la patria potestad

1.4. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

a) *Doctrina Mayoritaria:* *responsabilidad extracontractual.*

La violación de los deberes familiares o conyugales, nacidos en el caso del vínculo jurídico familiar, no constituye el incumplimiento de una obligación que ponga en marcha la denominada responsabilidad contractual o por el incumplimiento obligacional puesto que el contrato no es la fuente única.

Se trata, sin lugar a dudas, de dos deberes jurídicos distintos: extrapatrimonial, uno, patrimonial, el otro.

Si bien ambos nacen de negocios jurídicos preexistentes, no puede basarse en ello la ubicación del caso en el ámbito o zona

demarcada por los arts. 505 y agts., 519 y agts. del Cod. Civ.

De ahí que nos parezca acertado ubicar a la responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de los deberes familiares en la zona de la responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos de los arts. 1066 y agts., 1109 agts. y concs. del Cód. Civil configurada por la violación de un deber genérico, sin contenido patrimonial predispuesto, de no causar perjuicios, detrimentos o menoscabos a otros con nuestras acciones u omisiones. Este deber de no dañar, está más cerca de los deberes familiares que del deber creditorio⁵.

b) *Doctrina Minoritaria: Supuesto de Responsabilidad Contractual*

Belluscio sostiene el mismo criterio desarrollado precedentemente, salvo en un aspecto: el daño emergente de la disolución anticipada de la comunidad patrimonial entre los cónyuges.

El jurista expresa: «Más debe recordarse asimismo que en nuestro régimen la sociedad conyugal es un contrato, por más que revista características peculiares... en consecuencia, este aspecto de la cuestión se regiría por las normas referentes a la responsabilidad contractual.»⁶

La doctrina mayoritaria no comparte esta opinión pues sostiene que la «sociedad conyugal» no es realmente una sociedad ni un contrato por lo que, según Vidal Taquini, la locución correcta sería «régimen patrimonial-matrimonial» de separación de bienes con participación en los adquiridos⁷. Por lo tanto, ni aún en este aspecto la responsabilidad deriva de un contrato, sino que siempre es extracontractual.

⁵ Maset Iturraso, Jorge, *Los Daños Emergentes del Divorcio*, L.L., 1983-C-348 y ss.

⁶ Belluscio, Augusto César, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, L.L., 105-1043 y ss. en esp. 1056.

⁷ Vidal Taquini, Carlos, *Régimen de Bienes en el Matrimonio*, Ed. Astres, pág. 296 y ss.

1.5. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA VIOLATORIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

El incumplimiento de los derechos-deberes subjetivos del derecho de familia son hechos ilícitos en la medida que violan obligaciones nacidas del vínculo familiar. Son, por lo tanto, hechos antijurídicos por los cuales debe responder su autor.

Sentado el principio de antijuridicidad parte de la doctrina sostiene que las antijuridicidades familiares son extrínsecas a la sanción patrimonial o económica, mereciendo sólo sanciones específicas del derecho familiar, a lo que Mosset Iturraspe responde diciendo que «...es un principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y que ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector...» siendo la sanción patrimonial «...una consecuencia accesorio, si se quiere, nacida de los efectos laterales o conexos con la violación de los deberes antes mencionados»⁴.

En igual sentido se expresan Alterini y López Cabana⁵, al sostener que «Desde un punto de vista, es preciso tomar en cuenta que la relación de familia no puede implicar un valedor inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella, son personas. Pero, correlativamente, deben jugar pautas jurídicas condicionantes de la solución justa para cada situación particular».

1.6. DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS FAMILIARES⁶

La cuestión central, en toda responsabilidad civil, es la atinente a los daños.

Recordemos que si bien el derecho moderno tiende a la

⁴ Mosset Iturraspe, *ob. cit.*, pág. 350.

⁵ Alterini, A/López Cabana R., *Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, L.L., 1993-A-p. 350 y ss.

⁶ Barbero, Omar, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ed. Astrea, págs. 230 y ss.

reparación integral, no todo daño es resarcible sino que es necesario que reúna una serie de requisitos tales como ser cierto (ya sea presente o futuro), subsistente, propio o personal del reclamante y que lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo del reclamante.

Para una corriente doctrinaria (Mazeaud, Lalou, Fisher, Acuña Anzorena, Salas, Brebbia) los daños derivados del incumplimiento de los derechos familiares emergentes de las relaciones de patria potestad, fidelidad y autoridad conyugal, serían sólo *Daños Morales* porque el derecho lesionado tiene carácter esencialmente extrapatrimonial, independientemente de que tenga repercusiones patrimoniales.

Otra corriente (Demogue, Flaniol, Messineo, Aguar Díaz, Orgaz, Salvat, Lafaille, Henoch, Aguiar, Basso, Mossot Iturraspe, etc.) centra su atención en los efectos de la acción antijurídica llegando a la conclusión de que si el derecho de familia lesionado ocasiona algún menoscabo en el patrimonio, es *Daño Material*. Quedando reducido el *Daño Moral* a los sufrimientos, dolores muy íntimos pero sin repercusión alguna en el patrimonio ¹¹.

Es menester indicar que en toda reparación de daños hay dos facetas: el resarcitorio (típico del Derecho Civil) y el punitivo o ejemplar (característico del Derecho Penal).

Resarcitorio, porque se procura dejar satisfecha a la víctima, como estaba antes de producirse el daño.

Ejemplar o punitivo porque también se castiga una conducta antijurídica y al mismo tiempo se estimula a los demás a comportarse según derecho.

En el Derecho Civil no podemos llegar al extremo de considerar de puro carácter punitivo-ejemplar a la reparación pero tampoco podemos dejar de notar que en el Derecho de Familia, dado el orden público de sus normas, la intensidad del fundamento punitivo va aumentando gradualmente acercándose al Derecho Penal.

Sostiene Barbero que *-por algo la filosofía jurídica, inspi-*

¹¹ Barbero, *Op. cit.* pág. 15 y ss.

rada en el tomismo, entiende que la norma jurídica es 'causa ejemplar' de la conducta jurídica debida»¹⁹.

L. 7. REQUISITOS DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO COMO CAUSA DE LA REPARACIÓN

Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el incumplimiento de los deberes familiares es la causa jurídica del daño y debe procederse a su reparación siempre y cuando dicho incumplimiento sea apto para producir un resultado dañoso.

Teniendo en cuenta la relación de causalidad, en las relaciones de familia se distinguen dos órdenes de perjuicios:

a. aquellos en los que el incumplimiento es su causa inmediata: *Daño Actual* —presente o futuro pero cierto, siendo ambos reparables—; y

b. aquellos en los que el incumplimiento es su causa mediata: *Daño Sobreviniente*, no debe ser reparado porque la relación de causalidad está interrumpida.

L. 8. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El art. 1063 establece que «el resarcimiento del daño consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También el damnificado podrá optar por la indemnización en dinero». Claro está que en la mayoría de los casos no parece posible que los daños derivados del incumplimiento de los deberes familiares pueden ser objeto de reparación in natura porque en los agravios extrapatrimoniales es casi imposible volver las cosas al estado anterior, como que no puede volver atrás el tiempo transcurrido ni borrarse el sufrimiento padecido. Entonces, procederá normalmente la indemnización por equivalencia a través de una traducción pecuniaria. El

¹⁹ Barbero Cnaac, ob. cit., pág. 123 y ss.

damnificado, no obstante ser posible la reparación en especie, podrá optar por aquella (conf. art. 1063 C. Civil)¹².

1. 9. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN FUNDAMENTALMENTE SUBJETIVO

El antiguo axioma de que «no hay responsabilidad sin culpa» recupera aquí su plena validez ya que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria opinan que no cabe aquí otra imputación que la fundada en un reproche a la conciencia del autor: «tú lo quisiste o, al menos, fue tu negligencia, imprudencia o impericia lo que originó el evento perjudicial»¹³.

Bástanos tomar en cuenta las dos versiones de la culpabilidad genérica: la culpa propiamente dicha y el dolo. En este segundo hay una intención de dañar que falta en la simple culpa¹⁴.

La doctrina mayoritaria sostiene que participando de los caracteres del Derecho de Familia y recibiendo por ende la influencia directa y profunda en la Ética y de la Moral la responsabilidad será siempre subjetiva¹⁵.

No habría, para tal corriente, terreno para la imputación objetiva, para los riesgos o la garantía.

Sin embargo, una corriente minoritaria, sostiene que podría hablarse de una imputación objetiva fundada, no en los riesgos ni en la garantía, sino en el «abuso del derecho».

Culpabilidad concurrente:

La culpabilidad, unida a los demás presupuestos de la responsabilidad civil, engendra la obligación de indemnizar. Pero cuando la víctima que ha sufrido el daño es también

¹² Makariich de Basset, Lidia, *Otra acertada acogida del derecho reparación de daños ocasionados por el otro parte culpable del divorcio*, E.D. 115261. 14 Mossot, *Barraza* p. ob. cit. pág. 202.

¹³ Mossot, *Barraza*, ob. cit. pág. 212.

¹⁴ Barbone, ob. cit. pág. 128.

¹⁵ Barbone, ob. cit. pág. 100.

culpable y ha contribuido a causarlo, el criterio actual indica que se debe fijar una indemnización pero reducida en proporción a la culpabilidad de la víctima, evitándose así las injusticias a las que arribaba el criterio antiguo neutralizando mutuamente las culpas¹⁷.

I. 10. PROPUESTAS¹⁸

Los Dres. Alterini y López Cabana elaboraron propuestas en relación al tema estudiado, a saber:

10. 1. La responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema.

10. 2. El principio según el cual quien causa culpablemente un daño injusto debe repararlo, no es absoluto. Hay casos en los cuales se niega la acción resarcitoria, se exige un factor de atribución especial (dolo, culpa grave), se modula la culpa (quam in suis), o se pondera el daño con referencia individualada a los sujetos de la relación.

10. 3. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta esas características del sistema vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de la familia, y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad.

10. 4. La aplicación indiscreta de criterios indemnizatorios ajenos a las circunstancias propias de las relaciones de familia arrastra el peligro de desalentarlas, y poner de tal modo en crisis a ese núcleo social.

¹⁷ Barbero, *ob. cit.*, pág. 129 y ss.

¹⁸ ver. Alterini y López Cabana, Alterini, y López Cabana R., *Corrientes de responsabilidad civil en el derecho de familia*, L.L., 1991-A-p. 980 y ss.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA — PARTE II

II. 1. INTRODUCCIÓN

Hecho en el capítulo I el encuadre del tema a desarrollar y habiendo hecho una reseña de los presupuestos de la responsabilidad civil en el derecho de familia podemos concluir que existe una subparte del Derecho Civil que llamaríamos *-Derecho familiar de la responsabilidad civil-*.

Comprendería muchas hipótesis que se hallan expresamente previstas en nuestra legislación y muchas otras que a pesar de no estar previstas parecen ser viables.

Al decir de los dres. Alterini y López Cabana, ¹⁹ *-en las relaciones de familia se advierte una catarsis de situaciones en las cuales, últimamente, se afirma la procedencia de la indemnización. Así, en el caso en que el padre no reconoce espontáneamente al hijo extramatrimonial, cuando se pasa por alto la promesa de matrimonio, cuando se es culpable del divorcio —hasta por los daños causados al hijo a causa de la privación del hogar— cuando se transmiten enfermedades al cónyuge o a la prole, especialmente en la fecundación asistida-*.

II. 2. HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

EXPRESAMENTE PREVISTAS:

II. 2. A. NULIDAD DE MATRIMONIO

El art. 225 del Cód. Civil regula la acción de daños y perjuicios contra el contrayente que se casa a sabiendas de la existencia del impedimento dirimente (parentesco, ligamen o crimen) que lo afecta, considerando así que éste incurre en un acto antijurídico.

¹⁹ Alterini, A/López Cabana R., *Curiosiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, L.L. 1991-A-p. 980 y ss.

Por eso le atribuye el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya provocado al otro contrayente por causa de su obrar. Idéntica obligación de resarcir asume el tercero que provocó la celebración del matrimonio.

La obligación resarcitoria que asume el contrayente de mala fe o, en su caso, los terceros, puede referirse al daño material o patrimonial y al daño moral. En cuanto al daño patrimonial, podrán computarse los gastos y erogaciones realizados en ocasión de la celebración, pudiendo plantearse incluso la posibilidad de daño emergente, pero el ámbito del daño moral es aún más vasto e incuestionable. La nulidad del matrimonio provocaría un daño moral genérico, sin perjuicio del agravio moral específico en función del motivo que provoca la nulidad²⁰.

La prescripción de la acción es de dos años a partir del día en que la sentencia de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada.

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe²¹, trataron el novedoso tema de los Daños y Perjuicios producidos por la nulidad de matrimonio esusada por el ocultamiento del S.I.D.A. y por voto unánime concluyeron:

-Son indemnizables los daños materiales y morales causados por la nulidad del matrimonio declarada por ocultamiento del S.I.D.A. que padece uno de los contrayentes-.

II. 3. B. RESPONSABILIDAD DEL TUTOR

Conforme al art. 413 del Cód. Civil, *-el tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta de cumplimiento de sus deberes-.*

Para la determinación de estos perjuicios deberá analizarse la rendición de cuentas. A falta de ésta se recurrirá a todos

²⁰ Zanoni/Bossert, ob. cit., pág. 157.

²¹ Jornadas cit. J.A. 34691, Nro. 5715, pág. 5.

los medios de prueba para demostrar la indebida administración y los perjuicios sufridos ²⁰.

Conforme al art. 461 «*contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, o que sea convenido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendría el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podrían producir.*»

II. 2. C. RESPONSABILIDAD DEL CURADOR

El art. 475 establece que «*los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces*», por lo que procedería, mutatis mutandi, la acción de daños y perjuicios conforme lo desarrollamos en el punto precedente.

II. 2. D. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS HECHOS ILÍCITOS DE SUS HIJOS

La ley 23.264 derogó el art. 273 del Cód. Civil y dió una nueva redacción al art. 1114, que ahora expresa: «*El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.*»

El factor de atribución es la culpa «in vigilando», pero caben distinguir dos hipótesis:

a. Si el menor no alcanzó los diez años: la responsabilidad de los padres es directa y exclusiva conforme al art. 921 del Cód. Civil por lo que, aunque el menor tenga bienes, ni los padres ni

²⁰ Zanoni/Bassert, ob. cit., pág. 429.

los acreedores podrán cobrarse sobre ellos. Según el art. 1076 del Cód. Civil tampoco los padres podrán repetir del hijo lo pagado.

b. Si el menor es mayor de diez años: la responsabilidad de los padres es indirecta, refleja o por el hecho de otro, una consecuencia del art. 1113. El acreedor podrá cobrarse indistintamente sobre los bienes del menor o de sus padres, teniendo estos últimos la acción recursoria o de repetición contra el hijo que establece el art. 1123 del Cód. Civil.

En virtud de los arts. 1115 y 1116 del Cód. Civil cesa la responsabilidad paterna -cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona- y cuando se acredite la imposibilidad de haber impedido los hechos de los hijos a pesar de haber ejercido sobre ellos vigilancia activa ²².

En las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ²³ se llegó en Despacho Unánime a las siguientes conclusiones:

-1. La reforma al art. 1114 CC, introducida por la ley 23.264 reitera la vinculación entre la responsabilidad y el ejercicio de la patria potestad.

2. El factor de atribución es la culpa.

3. Si el hijo es menor de 10 años la responsabilidad de los padres es exclusiva; si hubiera alcanzado dicha edad, la misma es concurrente con la del autor.

4. Cesa la responsabilidad de los padres con la emancipación.

5. También cesa por los daños ocasionados por el hijo menor, no emancipado que trabaja o ejerce profesión (arts. 128, 283 y conc. C.C.) con motivo u ocasión de las tareas realizadas.

De lege ferenda:

Despacho A: -Debe sustituirse el régimen de la responsabi-

²² Belluscio, ob. cit., TII, pág. 309 y ss.

²³ Jornadas del J.A. 26/93, ses. 3718, pág. 4 y 5.

lidad paterna fundado en la culpa por otro que atienda a la pauta objetiva de la garantía» (Fdo.: Llovera de Resk, Carlucci, Pérez de Morales, Andorno, Deppeler, Duchowna, Palacio, Brebbia);

Ampliación del Despacho A: «Esta responsabilidad debe fundarse en la titularidad de la patria potestad» (Fdo.: Lloveras de Resk);

Despacho B: «No debe modificarse el régimen actual fundado en la culpabilidad» (Fdo.: Borda, Di Lella, Velasco, Pettigiani, Giangreco).

II. 3. E. RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES POR LOS HECHOS ILÍCITOS DE SUS PUPILOS Y CURADOS RESPECTIVAMENTE

Esta responsabilidad del tutor surge de la guarda otorgada al tutor. Según el art. 433, «el tutor responde de los daños ocasionados por sus pupilos menores de diez años que habitan con él».

La responsabilidad del curador surge de la aplicación de las leyes de la tutela en virtud del art. 475 del Cód. Civil.

¹⁷ «... cuando supuestas en el art. 1711 se expresa que «la responsabilidad sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo» por lo que me remito al punto II. 2.D.

II. 3. HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO PREVISTAS EXPRESAMENTE

II. 3. A. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO VINCULAR Y LA SEPARACIÓN PERSONAL

El divorcio en sí, o los hechos constitutivos de sus causales,

suelen representar para el cónyuge inocente una fuente de perjuicios materiales o morales ²⁵.

Es un principio recibido en el derecho universal que el divorcio causa daños y que ellos deben ser reparados.

Pensemos, dice Mosset Iturraspe, que el matrimonio es una comunidad doméstica o menor, integrada a la comunidad social o mayor; con sus reglas propias, pero, a la vez, sometida a las normativas generales. Dañar fuera o dentro del matrimonio, hacerlo a un extraño o al propio cónyuge, lejos de merecer una solución «privilegiada» o eximente, debe computarse como agravante, al menos en la medida que son mayores los deberes de «obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas», art. 902 del Cód. Civil ²⁶.

II.3.B. ESPONSALES

El art. 165 del Cód. Civil (t.o. ley 23.515) establece «Este Código no reconoce esposales de futuro. No habrá acción de la promesa de matrimonio». Se ha suprimido así la prohibición de reclamar daños y perjuicios por su incumplimiento que contenía el Código Vélez, lo que abre la posibilidad de aplicar las reglas de responsabilidad extracontractual para obtener la reparación civil por daños materiales o morales ocasionados por la ruptura dolosa o culposa de la promesa de matrimonio.

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ²⁷, trataron el tema de Daños y Perjuicios derivados de la ruptura de esposales, originándose dos despachos:

Despacho A: «Dará lugar a indemnización la ruptura intempestiva o injustificada de la promesa de matrimonio, sujeta a la normativa de los hechos ilícitos del Código Civil; no es indemnizable la pérdida de la chance matrimonial»-(Fdo.: Pérez

²⁵ Bellvada, *Daños y Perjuicios derivados del divorcio*, L.L., pág. 1943.

²⁶ Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 254.

²⁷ Jornadas cit. J.A. 3/691, Nro. 5714, pág. 6.

de Morales, Velasco, Brebbia, Andorno, Giangreco, Lloveras de Resk);

Despacho B: *-No es indemnizable la mera ruptura intempestiva o injustificada de la promesa de matrimonio-* (Fdo.: Borda, Carlucci, Pettigiani, Di Lella, López Cabana, Alterini, Saux).

II. 3. C. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El derecho alimentario constituye una consecuencia de orden puramente patrimonial del parentesco o —si se tiene en consideración también al que deriva del matrimonio y al que resulta de la patria potestad— del estado de familia, de ahí sus caracteres de inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inherencia a la persona ²⁸.

Desde el punto de vista penal, la ley 13.944 tipifica el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar siendo el autor pasible de la sanción de prisión de un mes a dos años o multa.

Desde el ámbito civil el incumplimiento de la obligación alimentaria entre parientes no ocasiona sanciones civiles, sino que otorga al alimentado la facultad de ejecutar la sentencia que fija la cuota ²⁹.

La doctrina, en general, no cree dudosa la procedencia de la acción de responsabilidad civil, siempre que se configuren sus presupuestos.

II. 3. D. CONCUBINATO — INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA — INDEMNIZACIÓN POR MUERTE DEL CONCUBINO.

a) *Indemnización por ruptura*

En principio, no cabe reclamar una indemnización por

²⁸ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 403.

²⁹ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 417.

ruptura de la unión, ya que no existe obligación legal de mantenerla. Otra cuestión es saber si existe obligación natural de pagar los daños derivados de la ruptura, o si son repetibles las sumas dadas voluntariamente con tal motivo. Belluscio sostiene que *-sería aplicable la misma solución que antes de la ley 23.515 se daba para el caso de ruptura arbitraria de esposales: no existe obligación natural de pagar los daños y perjuicios, pero lo dado es irrepetible si no se trata del precio de la liberación sino del cumplimiento de un deber moral de resarcir el perjuicio ocasionado, especialmente cuando es la mujer la abandonada y como consecuencia de la unión de hecho ha visto perjudicadas sus posibilidades de matrimonio futuro o su larga dedicación al hogar ilegítimo afecta la posterior obtención de ocupación que le permita sostenerse a sí misma-* ²⁰.

b) Indemnización por muerte del concubino.

Conforme a la aplicación de los arts. 1084 párr. 1ro. y 1085 párr. 1ro. del Cód. Civil, el concubino que se ha hecho cargo de los gastos de asistencia médica y funerarios del otro concubino tiene derecho a reclamarlo directamente contra el responsable de la muerte. Pero se plantea la cuestión de si cabe que uno de los concubinos reclame la indemnización del daño material y moral derivado de la muerte del otro como consecuencia de un delito o cuasidelito.

Por la afirmativa se pronuncian Salvat, Cammarota, Spota y Zanoni, en tanto que Bossert admite la indemnización del daño moral, mas no el material ²¹.

Quienes sostienen la tesis negativa señalan que la concubina es una alimentaria de hecho y que la prestación con la que se beneficia no es un derecho subjetivo regulado y protegido jurídicamente.

En sentido contrario se señala que el interés simple, aún cuando no está asentado en una obligación legalmente impo-

²⁰ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 433-434.

²¹ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 434.

ta, determina responsabilidad y obligación de indemnizar, si se prueba un daño cierto, como es la efectiva prestación de alimentos que sucedía en los hechos y su cesación por la muerte, pues ello queda amparado dentro de las amplias previsiones de los arts. 1068 y 1079 del Cód. Civil ²².

La jurisprudencia parece inclinarse en este último sentido sosteniendo que el daño no puede resultar de la sola relación irregular mantenida, pero sí en caso de ser demostrado probando la damnificada que vivía del auxilio y de los recursos del muerto.

II. 3. E. FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL QUE RESULTA COMPROBADA EN JUICIO

Es una actitud reprochable que puede generar daño moral y material al hijo extramatrimonial que recién emplaza su estado de familia por sentencia; y hay ilicitud en la omisión voluntaria (art. 897 del Cód. Civil) de reconocimiento por el progenitor.

La jurisprudencia sostiene que: *«quien ha negado —malicioso o culposamente, la distinción no cambia el resultado— el estado de hijo suya a la actora, obligándola a iniciar la correspondiente acción de reclamación de estado para obtener el reconocimiento, debe indudablemente ser condenado a la indemnización del daño moral así ocasionado y la acción de resarcimiento puede entablarse simultáneamente o con posterioridad a la acción de reclamación de estado (conf. Brebbia, R. H. «El dañ. moral.»)* ²³.

II. 3. F. ABANDONO DEL HIJO POR SU PADRE O MADRE O AMBOS

Según el art. 307 *«El padre o madre quedan privados de la*

²² Zannoni/Bossert, ob. cit. pág. 337.

²³ La Just. Civil y Com. San Isidro, J. 3, marzo 12-1988 - E., N.º J. F.C.N., E.D. 126-337.

patria potestad... por el abandono que hicieron de alguno de sus hijos...-. Para parte de la doctrina esta sanción no sería suficiente sino que hará falta el resarcimiento de los daños causados, de conformidad con los principios generales²⁴.

II. 3. G. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS²⁵

Cuando un menor no mantiene una adecuada comunicación con su progenitor por causa injustificada, el rechazo o la obstrucción impeditiva provoca daños de diversa índole, muchas veces irreversibles.

Dada la escasa regulación normativa, la doctrina y la jurisprudencia son las encargadas de elaborar las reglas directrices en esta materia.

Parte de la doctrina insiste, sin embargo, en que es necesario que la ley consagre en forma expresa el derecho del hijo a comunicarse con el otro progenitor. Su transgresión culpable, constituirá, entonces ya sin duda alguna, un ilícito, que en la medida que origine daños, constreñirá a la reparación. El perjuicio deberá entonces cuantificarse en una compensatoria o satisfactoria indemnización dineraria.

Al decir de Makianich de Bassat, *-la agresión de bolsillo puede transformar en seres razonables a quienes hasta ese momento no estaban dispuestos a entender razones-*.

II. 3. H. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR FRAUDE A LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN A LOS BIENES GANANCIALES

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe²⁶, por Despa-

²⁴ Barbero, Omas, ob. cit. pág. 100.

²⁵ Makianich de Bassat, Lidia, *Marco normativo del derecho de visitas y el derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso de derecho*. E.D. 20/9/91, nro. 7132, pág. 3 y 4.

²⁶ Jornadas cit. J.A. 20/9/91, Nro. 5718, pág. 8.

cho Unánime, concluyeron que:

-En los casos en que un cónyuge ejecuta actos en fraude del otro frustrando total o parcialmente sus derechos de participación en las ganancias, o en su calidad de acreedor, deberá indemnizar el daño moral causado- (Se abstiene Pettigiani).

II. 3. I. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS GENÉTICOS

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ²⁹, en despacho unánime, concluyeron que:

-Es viable la pretensión indemnizatoria deducida por el hijo contra sus padres reclamando la reparación del daño genético por haberlo procreado conociendo la sustancial gravedad de la transmisión de afecciones hereditarias o infecciosas que sobrevendrían- (Fdo.: Banchio, Andorno, Giangreco, Velasco, Deppeler, Duchowna, Palacio, Carlucci, Pérez de Morales, Brebbia. No adhieren: Pettigiani, Casiello, Borda, Lloveras de Resk, Saux).

III. ANÁLISIS DE ALGUNAS HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA NO REGULADAS NORMATIVAMENTE

III. 1. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO VINCULAR Y LA SEPARACIÓN PERSONAL

III. 1. A. INTRODUCCIÓN

El divorcio vincular o la separación personal, en palabra de

²⁹ Jornadas cit. J.A., 34/91, Nro. 5718, pág. 4.

Salas, resulta un *remedio hercúleo*, pues si soluciona, malo bien, ciertos conflictos coyunturales, causa muchos perjuicios que quedan sin reparar tanto de orden moral como material.²⁴

Sin embargo, la doctrina nacional alberga tantos defensores de la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio, tesis positiva, como opositores de tal resarcimiento, tesis negativa.

III. 1. B. ANTECEDENTES HISTÓRICOS²⁵

a) *Derecho Romano* :

El primer antecedente histórico sobre la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio se encuentra en Roma.

En la época medieval, para impedir el aumento descontrolado de divorcios, se aplicaron penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente: siendo éste quien recibía la suma de dinero, de lo cual surge claramente su carácter resarcitorio además de punitorio.

Durante la legislación justiniana se impusieron penas para el divorcio realizado sin justa causa y para la parte culpable en los divorcios lícitos tales como el retiro forzado a un convento y la pérdida de la dote y de la donación nupcial o de la cuarta parte de los bienes, cuando éstas no se hubieren constituido.

b) *Las Partidas*:

La Partida VII imponía a la mujer adúltera, junto con las penalidades corporales, la pérdida de la dote y las arras, con concepto evidentemente indemnizatorio.

²⁴ Salas, A.E., *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, J.A. 1942-II, p. 1011.

²⁵ Barbero, Omar, *ob. cit.*, pág. 140 y ss.

c) *Derecho francés anterior a la revolución:*

Los Parlamentos, para reparar el atentado infringido al honor del marido, condenaban al cómplice de la mujer adúltera al abono de una indemnización, a veces muy elevada.

III. 1. C. DERECHO COMPARADO **

a) *Derecho francés:*

La ley del 2 de abril de 1941 agregó al art. 301 del Cód. Civil un segundo párrafo que expresa: *«Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio ha sido pronunciado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por la disolución del matrimonio».*

La ley del 29 de mayo de 1948 hace extensiva al régimen a la separación de cuerpos. Se distinguen así tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o la separación de cuerpos:

- i) Los emergentes de la desaparición de la obligación de socorro, reparo mediante la pensión alimentaria.
- ii) El perjuicio material y moral derivado de la disolución del matrimonio, indemnizado de acuerdo al art. 310 párr. 2do.
- iii) El perjuicio material y moral experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge. El fundamento de su indemnización es el art. 1382 que contempla la reparación civil de los daños ocasionados por hechos ilícitos.

b) *Derecho suizo:*

En Suiza, ya el Código Civil de 1907 previó, en sus arts. 151 y 153, la reparación de los daños y perjuicios derivados del

** Belluscio, A., *Daños y Perjuicios derivados del divorcio*, L.L., T. 106 pág. 1043 y ss.

divorcio (no aplicables a la separación de cuerpos), al expresar: art. 151 *-El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral-* y el 153 *-El esposo al cual se ha concedido una renta vitalicia por sentencia o convención a título de daños y perjuicios, de reparación o de alimentos, deja de tener derecho a ella si contrae nuevo matrimonio-*.

La indemnización del daño material requiere en el derecho suizo la reunión de tres requisitos:

- i. La culpa del demandado;
- ii. La existencia de daño material;
- iii. La relación de causalidad adecuada entre aquélla y ésta.

El daño moral es indemnizable si adquiere una gravedad especial excedente de la habitual que los jueces deberán apreciar tanto objetiva como subjetivamente.

La indemnización del daño moral puede acumularse a la del daño material.

Las disposiciones reseñadas se aplican a los perjuicios derivados del divorcio en sí; pero los daños materiales derivados de los hechos que dieron lugar al divorcio son resarcibles por las disposiciones que rigen los hechos ilícitos.

c) *Derecho italiano:*

En Italia la cuestión se ha planteado únicamente con referencia a los daños y perjuicios derivados del adulterio, o de la separación fundada en él. La jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, sostiene que los culpables del adulterio están solidariamente obligados a pagar al otro cónyuge la indemnización de los daños patrimoniales e inmateriales ocasionados.

d) *Derecho alemán:*

El código alemán no contiene disposición que admita la indemnización de los perjuicios causados por el divorcio, fundando su rechazo en:

- i. El matrimonio se basa en principios de orden moral.
- ii. Riesgo de que el inocente invoque causas mínimas para obtener el divorcio y la consiguiente indemnización.
- iii. No es necesaria como medio coercitivo para que se cumplan los deberes matrimoniales.
- iiii. Porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria.

La doctrina y la jurisprudencia han admitido la indemnización por daños y perjuicios cuando la causal de divorcio encuadra dentro del concepto de hecho ilícito.

e) *Derecho griego:*

La ley griega de divorcio de 1920 expresa en su art. 16: «Si el hecho que ha constituido la causa de divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del esposo no responsable del divorcio, el tribunal puede, al pronunciar éste, obligar al cónyuge que ha sido único culpable del divorcio a pagar al otro una suma de dinero a título de reparación moral. Si durante el matrimonio una acción punible ha sido cometida por uno de los esposos contra el otro, el esposo lesionado no puede reclamar en su favor la indemnización pecuniaria a la cual daría derecho la ley 1699».

Con tal disposición, sólo el daño moral es resarcible quedando sin indemnizar el daño derivado del hecho que es a la vez fuente del perjuicio y causa del divorcio.

f) *Derecho etíope:*

El derecho etíope permite sancionar con la pérdida de los regalos y ventajas matrimoniales de una parte o la totalidad de

los bienes comunes e incluso hasta la tercera parte de su patrimonio propio al cónyuge que hubiese incurrido por su culpa en las conductas consideradas como «causas graves» y en caso de no existir culpa, al que hubiese pedido el divorcio. Al beneficiarse el cónyuge inocente con el monto de esas sanciones, se obtiene el propósito indemnizatorio.

g) *Derecho portugués:*

El art. 1784 establece: «Partición de los bienes. El cónyuge declarado único o principal culpable —del divorcio— no puede en la partición recibir más de los que recibiría si el casamiento hubiere sido celebrado según el régimen de comunidad de adquisiciones».

Aunque el matrimonio hubiese elegido el régimen de la separación de bienes el cónyuge inocente se llevará la mitad de los adquiridos.

h) *Derecho peruano:*

El art. 264 del Cód. Civil peruano de 1936 dispone: «Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación moral».

i) *Derecho chino:*

El Cód. Civil de la Rca. de China, de 1930 establece en su art. 1056 «Cuando uno de los esposos ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un divorcio por sentencia, puede demandar su reparación a la parte culpable. En el caso previsto en el párrafo precedente, la parte lesionada, a condición de que no sea culpable, puede reclamar una indemnización equitativa en dinero por el perjuicio que no sea puramente pecuniario. La pretensión enunciada precedentemente no es cesible ni transmisible a los herederos, a menos que haya sido reconocida por contrato o que la instancia haya sido establecida».

j) *Derecho soviético:*

Los Mazeud narran lo acaecido en la Unión Soviética: luego de la fracasada experiencia del matrimonio y el divorcio de hecho vuelven sus pasos, llegando al divorcio sanción. El juez, dispone de un poder soberano de apreciación por no determinar la ley las causas del divorcio; pero además el cónyuge culpable es condenado a una multa de 500 a 2000 rublos.

III. 1. D. DOCTRINA NACIONAL

Como expresamos en el punto 1 de este capítulo, dentro de la doctrina nacional hay quienes adhieren a la tesis positiva o negativa, según admitan o no la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio.

a) *Tesis Positiva*

Réborá : fue el primer defensor de la tesis positiva, fue quien ya en 1926 se lamentó de que *-en la jurisprudencia argentina este capítulo esté en blanco-*⁴¹.

Acuña Anzorina: al sostener que *-la consumación —del adulterio— faculta al esposo inocente a ejercitar una acción resarcitoria contra sus autores por los daños materiales y morales que el mismo les hubiese producido-*⁴².

Colombo: al considerar que *-el adulterio es un acto ilícito como cualquier otro, por lo que no hay motivo para rechazar la acción contra el culpable y su cómplice por indemnización de los daños que cause al cónyuge o a otras personas-*⁴³.

⁴¹ Réborá, citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 197.

⁴² Acuña Anzorina, citada por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 199 y ss.

⁴³ Colombo, citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 200 y ss.

Belluscio : al expresar que *-los hechos que configuran causales de divorcio son ilícitos, ya sea por violar obligaciones emergentes del matrimonio o bien por la circunstancia misma de que dan lugar a la sanción civil del divorcio la cual implica una obligación de abstenerse de ejecutarlos. En consecuencia, si además de estar comprendidos en las previsiones de la...ley...ocasionan un daño al otro cónyuge, dan nacimiento a la obligación de reparar ese daño (arts. 1077 y 1109 del Cód. Civil)-*⁴⁴.

Gustavino : al incluir entre los efectos inconstantes de carácter patrimonial del divorcio, la responsabilidad por daños y perjuicios, aludiendo incidentalmente a ella cuando expresa *-si el cónyuge excluido de la locación estuviese obligado a pasar alimentos o a pagar daños y perjuicios por las consecuencias del divorcio...-*⁴⁵.

Spota : señalando que *-los daños y perjuicios patrimoniales o morales padecidos por el cónyuge inocente origina una pretensión resarcitoria amparada por el art. 1077 del Cód. Civil-*⁴⁶.

Mazzinghi : no vacila en enrolarse en al tesis positiva cuando dice que *-el hecho ilícito que constituye el apartamiento de los deberes matrimoniales puede generar la obligación, a cargo del culpable, de reparar los daños y perjuicios inferidos a la víctima con su conducta-*⁴⁷.

Moset Iturrabe : al expresar que *-Los hechos configurativos de las causales de divorcio... son hechos antijurídicos, por los que debe responder su autor. Hay una clara contradicción*

⁴⁴ Belluscio, A., *Daños y Perjuicios derivados del divorcio*, L.L. 105/3054.

⁴⁵ Gustavino, citado por Barbero, O., *ob. cit.* pág. 265 y ss.

⁴⁶ Spota, citado por Barbero, O., *ob. cit.* pág. 266 y ss.

⁴⁷ Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 1972 t. II, Nro. 146, págs. 26/28.

entre el ordenamiento y el obrar del cónyuge, que se aparta del estatuto matrimonial, que transgrede la conducta que le está señalada por un imperativo legal»⁴⁸.

Barbero : que sintetiza su postura así: *«procede en nuestro derecho vigente la indemnización por los daños materiales y morales derivados tanto de los hechos constitutivos de las causales de divorcio como de éste en sí»⁴⁹.*

Se suman al elenco de juristas que adhieren a la tesis positiva: Salas, D'Antonio, López del Carril, Zanonni, Bossert, Makianich de Basset, entre otros.

b) Tesis Negativa

Bibiloni : en su Anteproyecto propone sustituir el art. 1078 del Cód. Civil por el siguiente: *«Aunque el hecho ilícito fuese un delito del derecho penal, la indemnización del daño sólo comprenderá el perjuicio de orden patrimonial, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código»⁵⁰.*

Borda: insiste en que *«la tesis positiva es contraria a la sensibilidad argentina»⁵¹.*

Llambías: sostiene que *«por la nobleza de los sentimientos que recíprocamente se han tenido los esposos no es adecuado, en mi opinión, degradar con pretensiones resarcitorias de aquella índole» el incumplimiento de los deberes familiares»⁵².*

⁴⁸ Mosset Iturrage, J., *Responsabilidad por daños*, Ed. Ediar, 1973, T. II-C (Actas Ilícitas) pág. 223.

⁴⁹ Barbero, Omar, *ob. cit.* pág. 218.

⁵⁰ Bibiloni, J.A., *Anteproyecto de Cód. Civil Argentino*, Ed. Abeledo Perrot, 1939, t. II, págs. 510 y ss.

⁵¹ Borda, Guillermo, citado por Barbero, Omar, *ob. cit.* pág. 213.

⁵² Llambías, citado por Barbero, Omar, *ob. cit.* pág. 213 y ss.

III. 1. E. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE DIVORCIO
VINCULAR Y SEPARACIÓN PERSONAL

a) *Carácter de la responsabilidad*

Tal como lo expusimos en el capítulo I punto 4 cuando tratamos la *-Responsabilidad derivada del incumplimiento de los derechos subjetivos familiares-* el carácter de la responsabilidad es *extracontractual* ya que el matrimonio no encuadra dentro del concepto de contrato.

Teniendo en cuenta que el art. 1137 del Cód. Civil dice *-que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos-* podemos fácilmente concluir que falta, por tanto, en el matrimonio lo que es esencial a todo contrato: la facultad de los contratantes para establecer sus derechos y obligaciones recíprocos y la extensión de los mismos.

La doctrina actual ve en la locución «matrimonio» dos significados diferentes, a saber:

- i. Matrimonio-acto: es un acto jurídico familiar ya sea de carácter bilateral (Belluscio) o complejo (Spota, Zanonni) y
- ii. Matrimonio-estado: es un régimen legal, un complejo de derecho y deberes que las partes no pueden modificar y a las cuales quedan sometidos como consecuencia del matrimonio-acto.

De ahí que resulta acertado ubicar a la responsabilidad conyugal por los daños derivados del divorcio vincular o la separación personal en la zona de los actos ilícitos, dentro de la esfera de la *responsabilidad extracontractual*.

Barbero ⁴², cita el criterio de Van Ryn cuando expresa que hay que *-reservar vigencia a la responsabilidad civil contractual solamente para aquellos incumplimientos que encuentren en el contrato una base suficiente, necesaria y única-* y agrega

⁴² Barbero, *Opus*, *ob. cit.* pág. 223 y m.

que esto no ocurre en este caso porque aquél que viola los deberes del matrimonio incumple, no un contrato, sino deberes de orden social.

Belluscio, comparte tal afirmación pero señala una excepción: la disolución anticipada de la sociedad conyugal que provoca la sentencia de divorcio, genera *responsabilidad contractual*.

En las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁴⁴, al tratar el tema, se generaron dos Despachos:

Despacho A: *«Estos daños se rigen por el régimen de la responsabilidad extracontractual fundada en factor de atribución subjetivo»* (Fdo.: Andorno, Carlucci, Giangreco, Deppeler, Lloveras de Reak).

Despacho B: *«Son aplicables las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, exclusivamente a los efectos de reparar los daños causados por los hechos ilícitos configurados en las causales del art. 202»* (Fdo.: Velazco, Duchowna, Palacio, Pérez de Morales, Silvia Morelle).

b) *La Antijuridicidad*

Toda vinculación a los deberes matrimoniales imputables al cónyuge ofensor tipifican, a no dudarlo, las causales subjetivas o culpables de divorcio vincular o la separación personal enumeradas por el art. 202 del Cód. Civil (t.o. ley 23.515).

Las causales subjetivas son: Adulterio, Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges o los hijos, Instigación a uno de los cónyuges al otro para cometer delitos, Injurias graves, Abandono voluntario y malicioso.

Makianich de Basset ⁴⁵ sostiene que cada una de estas hipótesis abarca gran variedad de especies que cubren prácticamente el espectro de conductas antijurídicas violatorias de los deberes matrimoniales, legitimando al cónyuge ofendido

⁴⁴ Jornadas cit. J.A. 34/91 Nro. 5718, pág. 8.

⁴⁵ Makianich de Basset, *Otro acertado conyugal...* E.D. 115/948.

para pedir el divorcio vincular o la separación personal por culpa de quien ha violado voluntariamente los deberes que las nupcias imponen.

El divorcio vincular o la separación personal que por esta vía se decreta es llamado por la doctrina divorcio-sanción, debiendo admitirse por culpa de uno o de ambos si su actuar ha encuadrado en las causales previstas.

c) *Daños resarcibles a causa del divorcio vincular y la separación personal. Fuentes*

Los efectos que la culpabilidad en el divorcio-sanción comporta son una consecuencia lógica de la interrupción culpable de la comunidad de vida y esfuerzos que es la base de los derechos que entre los cónyuges se reconocen.

Tales efectos, sin embargo, carecen de carácter reparatorio de los daños que la afrenta susceptible de provocar el divorcio vincular o la separación personal pueda ocasionar al cónyuge inocente, ni de los que el divorcio por sí mismo le infringe a éste⁶⁶.

Ni la mentada vocación alimentaria, ni la sucesoria, ni el derecho preferencial a convivir con los hijos de un matrimonio que se destruyó, entre otras consecuencias, compensan ni reparan los perjuicios espirituales y materiales que las actitudes tipificantes de las causales del divorcio-sanción ocasionan al cónyuge, como tampoco las que la frustración del matrimonio por sí mismo le acarrea⁶⁷.

Como sostuvimos en el capítulo I punto 6 -*Daños del incumplimiento de los deberes familiares*- la indemnización comprende daños personales del reclamante (patrimoniales y extrapatrimoniales), ciertos (sean presentes o futuros), subsistentes, con tal que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo del reclamante. Procediendo también ante agravios directos o indirectos.

⁶⁶ Maklaniich de Bassat, *Otra sociedad conyugal* E.D. 116746.

⁶⁷ Maklaniich de Bassat, *idem* * 56.

Fuentes:

Seguindo a Makianich de Basset ⁵⁸ sostenemos que estos daños pueden reconocer dos fuentes:

i. Los ilícitos que tipifican las causales de divorcio:

f. Esfera extrapatrimonial: agravios a los sentimientos, a la dignidad, las humillaciones, vejámenes, etc., que las causales pueden ocasionar al cónyuge inocente.

f'. Esfera patrimonial: menoscabos o deméritos en la reputación del cónyuge inocente que disminuyan sus posibilidades de obtener ingresos, contagio de enfermedades, las lesiones físicas o psíquicas, etc.

ii. El divorcio vincular y la separación personal en sí mismos:

ii'. Daño moral: configurado por la soledad a que se pueda ver constraído, el menosprecio de ciertos medios sociales, etc.

ii". Daño material: derivado de la disolución de la sociedad conyugal, de la pérdida de la vocación hereditaria en el divorcio vincular, etc.

d) *La reparación del daño*

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁵⁹, trataron el tema de los Daños y Perjuicios derivados del divorcio y de la separación personal y concluyeron:

«Son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio en sí mismos o la separación personal» (Unanimidad).

Despacho A: *«Son reparables ambos daños, tanto materiales como morales»* (Fdo.: Andorno, Carlucci, Medina, Giangreco, Dappeler, Dechowna, Palacio, Brebbia, Lloveras de Resk).

⁵⁸ Makianich de Basset, *idem* * 58.

⁵⁹ *Jornadas cil. J.A.* 34/91, Nro. 5718, pág. 45.

Aclaración del Despacho A: «Los daños derivados del divorcio o de la separación en sí mismos se hayan expresamente regulados de modo excepcional en el art. 207 C.C. que establece la consecuencia patrimonial a cargo del culpable, dado que la referida norma regula una prestación de naturaleza resarcitoria» (Fdo.: Velasco, Pérez de Morales, Duchowna, Palacio, Silvia Morello).

Despacho B: «No son indemnizables estos daños, excepto que los hechos a más de constituir una violación a los deberes matrimoniales, constituyan un ilícito reparable en sí mismo» (Fdo.: Pettigiani, Di Lella, Alterini, López Cabana, Saux).

Remito al lector a los principios generales expuestos en el capítulo I punto 8 «La Reparación del Daño», aplicables al supuesto desarrollado.

e) *Culpabilidad: diversos supuestos*

Resulta precedente la reparación de daños y perjuicios si media:

- i. Inocencia de uno de los cónyuges.
- ii. Culpabilidad de ambos: al ser causales independientes originarán en ambos la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al otro por su actuar dañoso.
- iii. Concurrencia de culpas: un sólo hecho que da lugar al divorcio en el cual ambos cónyuges contribuyeron, se aplican los principios generales desarrollados en el capítulo I punto 9 «El factor de atribución predominantemente subjetivo».

No resulta precedente la reparación de daños y perjuicios si media:

- iv. Divorcio consensual o por presentación conjunta: dado que es un divorcio por «causas no manifiestas» no puede haber atribución o imputación de culpa a uno, debiendo ambos cónyuges compartir la responsabilidad del fracaso matrimonial en sí mismo, en igualdad de condiciones.

*Evolución Jurisprudencial:** *Primer Fallo de la Cámara Civil 2a de la Capital Federal* ⁴⁰

El primer caso planteado fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de la Capital Federal a cargo del Dr. César A. Fauvety (Secretaría Saúze Juárez) mediante sentencia del 9 de diciembre de 1941, la cual confirmada por la Cámara civil 2a. (Dres. Miguens, Maschwitz y Lagos) por acuerdo del 21 de abril de 1942.

Se trataba de una demanda de daños y perjuicios entablada por el marido contra el supuesto cómplice del adulterio de la mujer. El juez y la Cámara rechazaron la demanda; pero la sentencia no se fundó en que no correspondiese la indemnización sino en la ausencia de los requisitos necesarios para su otorgamiento.

En conclusión, no podemos considerar este primer precedente contrario a la procedencia del resarcimiento, sino antes bien favorable.

* *Segundo Fallo* ⁴¹

El segundo caso fue resuelto en primera instancia por el Dr. Arturo G. González (Secretaría Enrique Giraudy) de 5 de agosto de 1942.

La mujer había iniciado juicio de divorcio contra su marido, y pedía indemnización del daño material derivado del adulterio.

Dijo el juez de primera instancia: «...IV. Se exige la reparación del daño moral invocando el adulterio como delito del derecho criminal y por cuanto el perjuicio moral resultante del divorcio es considerable, por la descalificación del concepto que entraña. Desestimo dicha pretensión por cuanto no procede

⁴⁰ citado por Barbero, Omar, ob. cit., pág. 181 y ss.

⁴¹ citado por Barbero, Omar, ob. cit., pág. 182 y ss.

indemnización por daño moral sino en el caso de delitos juzgados por el derecho criminal (1078 C.C.)... La sentencia favorable implica ya una reparación para la actora. El daño efectivo material no se ha justificado.

A su vez la Cámara resolvió, haciendo memoria del caso anterior, que *no se ha dicho aquí cuáles serían los daños materiales producidos por el demandado, y en cuanto a los morales, como acaban de resolverlo las Cámaras Civiles en pleno, en el caso -Iribarren F. c. Sáenz Briones y Cia.-, no procede más que cuando existe un delito del derecho criminal.*

De estos conceptos surge una clara admisión implícita de la procedencia de la reparación, ya que, en cuanto al daño material, no se hizo lugar por no habérselo acreditado debidamente, y en cuanto al daño moral, se aplicó el criterio restringido del plenario que menciona, el cual carece hoy de valor ante la nueva redacción dada al art. 1078 por la ley 17.711.

** Fallo del Dr. Borda como Juez de Primera Instancia*²¹

Se trataba de un supuesto semejante al primero: un esposo que deducía demanda de daños y perjuicios contra el cómplice del adulterio cometido por su mujer.

Manifiesta Borda su tesis contraria: rechaza la demanda por considerar que *una acción mediante la cual se pretende lucrar con la deshonra es contraria a la moral y las buenas costumbres y no puede ser admitida por los tribunales.*

Estima inaplicable el art. 1109 C.C.

Niega valor a todo precedente extranjero, pues afirma que *las acciones y costumbres de otros pueblos pueden resultar chocantes a nuestro espíritu.*

** Fallo de la Sala -E- de la Cámara Civil de la Capital*²²

El cuarto caso fue resuelto por los Dres. Sánchez de Busta-

²¹ citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 183 y ss.

²² citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 183 y ss.

mante, Cuchero y Albisetti mediante acuerdo del 11 de diciembre de 1970.

En aquella oportunidad se trató en realidad sólo incidentalmente el problema que nos interesa. Era un incidente de liquidación de sociedad conyugal promovido por la esposa (inocente del divorcio declarado) contra su esposo (culpable). Entre otras cosas, la mujer había solicitado que se tuviera en cuenta, en la liquidación, los perjuicios sufridos por ella, y el a quo rechazó el pedido.

El Dr. Sánchez de Bustamante opina que la parte actora incurrió en una confusión al agravarse en cuanto a perjuicios. Y aclara: «...una cosa es el daño material que podría haber sufrido al no poder usufructuar un departamento que había quedado en uso del marido (lo cual no prosperó) y otra el agravio moral derivado del juicio de divorcio y de la conducta observada por el demandado con motivo de él o las causas que le dieron lugar... En cuanto al agravio moral propiamente dicho, no lo encuentro configurado...»

O sea, que no se hizo lugar a la demanda de resarcimiento por daño moral derivado de injurias en el juicio de divorcio por no haberse configurado aquellas.

Con lo que surge implícitamente que de haber existido realmente tales injurias, se hubiese hecho lugar al pedido de indemnización por daño moral. En cuanto a los daños derivados de «las causas que dieron lugar» al divorcio, que el Dr. Sánchez de Bustamante menciona, es lamentable que no hubiera tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

* Falta de la Sala «C» del 17/5/88 ⁴⁴

«La admisión de la indemnización de los daños unidos al divorcio con tendencia autoral mayoritaria... se basa en el carácter general de las normas del responder civil en los arts. 1077, 1109 del C.C. y en relación al daño moral en el art. 1078,

⁴⁴ Cám. Nac. Civil Sala «C» L. 31. 14 de agosto - L. de P., M.S. o P. J. C. D. el divorcio del 17/05/88.

por advertirse en las causales de divorcio verdaderos actos ilícitos.

«No hay razón para hacer del matrimonio un coto impensable para el derecho de daños.»

«En principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector, no siendo justo otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad.»

«Aunque en general están en juego hechos ilícitos dolosos, se admite también el resarcimiento frente al obrar negligente meramente culposo, o sea tanto para los delitos civiles como para los cuasidelitos.»

«No se trata de acumulación de reparaciones por un mismo hecho. Se trata de consecuencias distintas de un mismo hecho, con reparaciones distintas e independientes de acuerdo a la calidad, desenvolvimiento, profundidad, y proyección de esas consecuencias.»

Del Voto del Dr. Cifuentes:

«El divorcio en sí no es causa de resarcimiento, pero los hechos que llevaron al divorcio cuando ellos tienen fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales... podría verse malograda la unión conyugal, una lesión al bien moral que debe ser compensada con carácter autónomo.»

* Fallo de la Sala -F- del 20/08/91 ¹⁰⁰

En su voto, el Dr. Mundo expresa *«Anoto que la demandada reconviniente, peticiona a la Alzada que el divorcio de autos (dispuerto, y ejecutado, por las causales de adulterio y abandono; arts. 202 incs. 1 y 5 del C.C....) lo sea asimismo por la causal de injurias graves (conf. art. 202 citado inc. 4), con cuya base, sumado al adulterio y al abandono, reclama resarcimiento por daño moral... Destaco que el adulterio constituye ilícito que*

¹⁰⁰ Ctas. Nuc. de Apel. en los Civil Sala -F-.

por destituir la fidelidad definitiva del matrimonio en tanto institución, es acto ilícito (conf. art. 118 C.P. y 1078 C.C.). Luego, rige la especie en orden a la reparación debida, el art. 1078 mencionado de donde la indemnización por daño moral, más allá de que se admita la causal de injurias graves, es procedente cuando como en autos la disolución consta institucionalizada por adulterio (conf. art. 118 referido). Y concluyo que, acreditada la ilicitud queda inconducente distinguir entre cuasidelito y delito, respecto a suscitar el resarcimiento moral, máxime si según sucede en la especie, el adulterio evidencia, por ejecutado con intención y a sabiendas en dañar la fidelidad, calificación de delito (conf. art. 1072 C.C.). Por último con las facultades del art. 165 CPr., y atendiendo a la reparación moral contempla restituir aquello que sin ser cosa ni bien, puede apreciarse en dinero, de manera que la humillación (en el caso, adulterio con la cuñada de la reconviniente), se adecúe al criterio ético y al razonable mantenimiento del ambiente familiar, propicio fijar en =A= 200.000.000.-, el quantum del rubro analizado... corresponde, a mi juicio, condenar al actor a pagar a la reconviniente la cantidad de =A= 200.000.000.- en concepto de daño moral...»

Los doctores Lilia Germano y Gerónimo Sansó, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mundo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

III. 1. F. ANTEPROYECTO DE REFORMA ¹⁰⁰

El Dr. Barbero elaboró un anteproyecto que consiste en agregar, en la parte o sección relativa al divorcio, después de legislar sobre sus efectos, un capítulo especial que se titularía: «De los daños y perjuicios derivados del divorcio». A continuación transcribiremos los artículos que podrían adoptarse en una futura reforma total, habiendo suprimido del anteproyecto original del citado autor los que regulaban hipótesis contempladas por la ley 2393 (divorcio-sanción), actualmente reformada por la ley 23.515.

¹⁰⁰ *Id.* Barbero, Omar, ob. cit. pág. 279 y ss.

Cabe advertir que cuando el Dr. Barbero habla de «divorcio», el lector deberá subsumir en tal expresión dos hipótesis: separación personal y divorcio vincular (conf. ley 23.515).

«Art. 1: El cónyuge inocente podrá exigir al cónyuge culpable la reparación de todo daño material y moral derivado del o los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio, así como también de este en sí mismo».

«Art. 2: El cónyuge inocente podrá o no acumular esta pretensión a la de divorcio, pero el juez no podrá condenar a un cónyuge a reparar esos daños al otro sin previa sentencia firme de divorcio que lo declare culpable de él».

«Art. 3: Si el divorcio se hubiera decretado por culpa de ambos cónyuges, ninguno de ellos podrá ejercer contra el otro las acciones previstas en el art. 1».

Tampoco podrán hacerlo en el divorcio consensual, salvo que uno de los cónyuges se hubiese reconocido como único culpable, caso en el cual procederá la reparación al inocente sólo por el daño material y moral derivado del divorcio en sí mismo».

«Art. 4: Si en el hecho ilícito constitutivo de la causal de divorcio hubiese participado un tercero como coautor, cómplice o instigador, responderá solidariamente ante el cónyuge inocente por los daños mencionados en el art. 1».

«Arts. 5 y 6: Suprimidos».

«Art. 7: Los hijos del matrimonio divorciado sean menores o mayores de edad, podrán exigir de su padre o madre culpable, la reparación de todo daño material y moral derivado del divorcio en sí mismo».

Si ambos padres fuesen culpables de él, así como si hubiere terceros que hayan participado como autores, cómplices o instigadores, todos responderán solidariamente».

La acción de los hijos prescribirá a los dos años de la sentencia de divorcio, o desde que hubiesen alcanzado la mayoría de edad, si aquella se pronunció durante su minoridad».

«Art. 8: Para fijar el monto de las indemnizaciones previstas en este capítulo, así como para ordenar su pago en forma global o de renta, el juez tomará equitativamente en cuenta las

condiciones económicas del actor y del demandado y demás circunstancias del caso».

«Art. 9: Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que anteceden, se aplicarán los artículos... (Remisión a las normas sobre responsabilidad por hechos ilícitos) de este Código».

III. 2. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS

III. 2.A. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE VISITAS ⁸⁸

Toda construcción jurídica del derecho de visitas responde, fundamentalmente a una elaboración jurisprudencial contenida en un marco legal referencial que escuetamente se limita a reconocerlo a favor de los progenitores no convivientes (art. 264 inc. 2do. C.C. t.o. ley 23.515).

Este margen abierto que permite al juez ordenar soluciones concretas que se ajusten mejor a las particularidades de cada caso concreto, lleva insito un calificativo: se está en presencia de lo que se conoce como derecho judicial. Este derecho judicial deberá inspirarse en la equidad, en la ratio legis, en el conocimiento de los hechos, en la naturaleza de las cosas, en los precedentes judiciales, en las máximas o principios acuñados por la sabiduría jurídica, apoyarse en un pasado y proyectarse hacia un futuro.

III. 2. B. EL DERECHO DEL HIJO A MANTENER UNA ADECUADA COMUNICACIÓN CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE ⁸⁹

Se ha señalado como característica de los derechos subje-

⁸⁸ Makianich de Bassat, Lidia N., *Marco Normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El Abuso del Derecho*. E.D. 2006/01. Nos. 7782 pág. 17 ss.

⁸⁹ Makianich de Bassat, Lidia N., *idem*. ⁹⁰

tivos familiares el hecho de ser correlativos y recíprocos.

Es esta característica de reciprocidad, insita normalmente en los derechos subjetivos familiares, la que permite la inducción de que las -visitas- constituyen a la vez un derecho propio y autónomo del hijo.

III. 2. C. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS ²²

Cuando un menor no mantiene una adecuada comunicación con su progenitor por causa injustificada, el rechazo o la obstrucción impeditiva, provoca daños de diversa entidad muchas veces irreversibles.

Cierto es que no parece aconsejable compeler a un padre o madre remiso a comunicarse con su hijo. La adecuada comunicación no podrá ejercitarse con aplicación de la fuerza física ya que las obligaciones de hacer, entrañan la imposibilidad de ejecución forzada, tal como surge en nuestro derecho del art. 629 del Cód. Civil.

Por lo tanto, sólo podrá, en caso de resistencia, condenarse sucesáneamente a reparar los daños y perjuicios que la inejecución de esta obligación comporta.

Lidia Makianich de Bassot insiste en que es necesario que la ley consagre en forma expresa el derecho del hijo a comunicarse adecuadamente con el otro progenitor. Su transgresión culpable, constituirá, entonces ya sin duda alguna, un ilícito, que en la medida que origine daños, constreñirá a la reparación. Como lo normal en casos de esta índole es que el tiempo de incumplimiento transcurrido no pueda volverse atrás, ni evitarse el sufrimiento ya padecido, así como no siempre pueden curarse los trastornos ocasionados, al margen de la posible cesación de tales omisiones o conductas ilícitas para el futuro, el perjuicio deberá cuantificarse en una compensatoria o satisfactoria indemnización dineraria.

²² Makianich de Bassot, Lidia N., *idém.* ²³

III. 2. D. INCUMPLIMIENTO PARCIAL O TOTAL DEL RÉGIMEN DE VISTAS: CAUSAS Y MEDIOS COMPULSIVOS, SANCIONATORIOS, CIVILES Y PENALES ⁴⁹

Las causas injustificadas giran en torno a problemas que tienen en su causa en decisiones normalmente *Cu/posas en sentido amplio*:

- a) Del progenitor «visitante» mediante sus incumplimientos totales o irritualidades parciales.
- b) Del detentador de la tenencia o guarda, que se manifiestan en obstrucciones de distinto grado.
- c) Del propio menor que puede mostrar resistencia a vincularse con uno de los progenitores.

a) *Del progenitor «visitante» mediante sus incumplimientos totales o irritualidades parciales:*

Debe tenerse en cuenta que todo en esta cuestión es muy relativo y es tema poco propicio para establecer reglas generales o apriorísticas, primando el interés del menor en todo caso, pivote alrededor del cual se arbitrará la solución más adecuada.

Los medios compulsivos serían:

- i. La intimidación bajo apercibimiento de modificación del régimen.
- ii. Modificación de la modalidad del régimen, reducción, suspensión o supresión directa.
- iii. Aplicación de «astreintes».
- iv. Cláusulas penales convencionales o judiciales.
- v. Cauciones o garantías reales.
- vi. Imposición de sanciones combinadas (multas y garantías, modificación del régimen, etc.).
- vii. Condensación al resarcimiento de daños y perjuicios.
- viii. Desde el punto de vista penal podrían tipificarse ya sea el delito de desobediencia o el de sustracción de menores, entre otros.

⁴⁹ Malkinich de Bassot, Lidia N., *Marco Normativo...*, E.D. 30/05/91, Nro. 7752, pág. 4 y ss.

ix. Privación de la patria potestad del «visitador».

b) Del detentador de la tenencia o guarda, que se manifiestan en obstrucciones de distinto grado:

Entre los medios civiles pueden destacarse los siguientes:

- i. Intimación al cumplimiento ritual del convenio homologado o sentencia, bajo apercibimiento de «astreintes».
- ii. Aplicación de «astreintes».
- iii. Multas y sanciones pecuniarias.
- iv. Cautiones o garantías reales.
- v. Imposición de sanciones combinadas.
- vi. Cláusulas penales.
- vii. Condena al resarcimiento de daños y perjuicios.
- viii. Intimación al cumplimiento bajo apercibimiento de modificar el régimen de tenencia.
- ix. Modificación del régimen de tenencia.
- x. Intimación bajo apercibimiento de suspender al guardador en el ejercicio de la autoridad paterna.
- xi. Suspensión del ejercicio de la autoridad paterna.
- xii. Si las conductas tipifican causales de privación de la autoridad paterna, la supresión de ésta.
- xiii. Allanamiento de la casa por la fuerza pública.
- xiv. Internación del menor en un colegio.
- xv. Suspensión por parte del «visitador» de la cuota alimentaria.
- xvi. En materia penal puede configurarse como delito de desobediencia.

c) Del propio menor que puede mostrar resistencia a vincularse con uno de los progenitores.

Borda refiere fallos que han conminado al hijo bajo pena de internación absoluta en un colegio e interrupción de toda comunicación con el otro progenitor.

En derecho comparado se ha admitido el apercibimiento de interrumpir la prestación alimentaria.

III. 2. E. CONCLUSIONES ⁷⁰

Como el hijo necesita de ambos progenitores para una estructuración equilibrada de su psiquismo, la ausencia imputable a dolo o culpa del padre o madre, que ocasione daños al menor no debe escapar al régimen de responsabilidad civil y deberá indemnizar los perjuicios patrimoniales o morales que su omisión acarree al hijo.

Hay quienes sostienen que la responsabilidad puede también surgir como producto, no ya sólo de factores de atribución subjetivos, dolo o culpa, sino de objetivos tales como el abuso del derecho cuando el «visitador» desvía su derecho de comunicación y trato, para ejercer un control inadecuado de la autoridad paterna, más allá de la razonable supervisión en la educación y en todo caso, del equilibrado desarrollo de su hijo.

También cuando se le inducen ideas o sentimientos contrarios al otro progenitor.

El retraso en la devolución del menor constituye cuestión polémica, resultando para cierto sector una conducta abusiva, en tanto que otra corriente autoral sostiene que es una simple y directa infracción que merece sanción.

La reparación in natura se presenta muchas veces como imposible, razón por la cual, particularmente en lo atinente al daño extrapatrimonial, y no obstante lo dificultoso de su cuantificación, corresponderá una traducción económica compensatoria del perjuicio.

III. 3. FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL QUE RESULTA COMPROBADA EN JUNCO.

III. 3. A. ANTIJURIDICIDAD Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Son actos lícitos los que están consentidos por el derecho y se hallan tutelados por éste; inversamente, son ilícitos los

⁷⁰ Makarech de Bassot, Lidia N.

actos, positivos o negativos, contrarios a la ley, que importan una invasión en la esfera jurídica de otra persona y que, por consiguiente, determinan alguna sanción legal.

El art. 1109 del C.C. reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasiona un daño a otro.

Si fuera lícito no reconocer a un hijo, la ley no daría acción para demandar el reconocimiento.

Quien ha negado maliciosa —dolo: obrar voluntario efectuado con discernimiento, intención y libertad— o culposamente —culpa— el estado del hijo extramatrimonial debe indudablemente ser condenado también a la indemnización del daño moral así ocasionado y la acción de resarcimiento puede entablarse simultáneamente o con posterioridad a la acción de reclamación de estado ⁷¹.

Esta pasividad —falta de reconocimiento— con víctima cierta, torna abusivo el ejercicio del derecho del demandado de no hacer lo que la ley no manda —expresamente— (1071 C.C.).

En conclusión, si bien los factores de atribución son fundamentalmente subjetivos, *Dolo o Culpa*, puede también tratarse de un factor objetivo, *Abuso del Derecho*.

En las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁷², respecto del factor de atribución de la responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la filiación, se dijo:

Despacho A. —*El factor de atribución es la culpa en sentido lato*—. Despacho del Dr. Di Lella: —*El factor de atribución es el dolo o culpa grave*—.

III. 3. B. El daño ⁷³

La falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial

⁷¹ Bribián, *Daño Moral ocasionado en la constitución de la Inst. Cív. y Com.*, San Pedro, *Jornada 9*, a cargo de la Dra. Delina Cabrera, 8/8/88 en actas E. N. o G. P. O. N. E. D. 1387 331 y ss.

⁷² *Jornadas cit. J.A. 34/91*, Nro. 3718, pág. 4.

⁷³ *Ibidem* ⁷¹.

ocasiona a éste *Daño moral y Daño patrimonial*.

El *daño moral* se manifiesta tanto como:

- i. Dolor moral sufrido socialmente a manera de minusvalía: consistente en el hecho de obligar a un hijo a llevar el apellido de la madre que se transforma en un «sello» de la «ilegitimidad» de su origen, detrimento indudable dentro de los cánones de nuestra sociedad.
- ii. Como de dolor moral sufrido en su intimidad, de saberse negada por su progenitor: el sentimiento de inferioridad, de desprotección espiritual e inseguridad que ha de experimentar quien no puede contar con la figura paterna cierta, visible y responsable.

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁷⁴, trataron el tema de la Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la filiación y concluyeron:

1) Despacho A: *Son indemnizables los daños materiales y morales causados por falta de reconocimiento de la filiación.* (Fdo.: Andorno, Pérez de Morales, Giangreco, Velasco, Deppele, Duchowna, Palacio, Medina, Carlucci, Di Lella, Brebbia, Borda, Alterini, López Cabana, Lloveras de Resak).

2) Despacho B: *Debe estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil (pérdida del usufructo, indignidad, etc.)* (Fdo.: Pettigiani).

III. 3. C. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que la responsabilidad se genere, es necesario que exista relación de causalidad entre el Daño Moral o Patrimonial por falta de reconocimiento y la conducta omisiva —dañosa, culposa o abusiva— de la falta de reconocimiento.

Tal relación de causalidad deberá resultar, según cada caso concreto, p.e. de los valores afectivos comprometidos, de la consi-

⁷⁴ *Jornadas cil. J. A.* 3/4/91, Nro. 5718, pag. 4.

deración social en el medio donde el hijo se desenvuelve, etc.

III. 3. D. JURISPRUDENCIA ILUSTRATIVA

Primera Instancia Civil y Com. San Isidro, juzgado nro. 9, marzo 29-1968 - E., N. e. G., F. C. N. ²⁵

-Quien ha negado —malicioso o culposamente— el estado de familia a su hijo, obligándolo a iniciar la correspondiente acción de reclamación de estado para obtener el reconocimiento, debe ser condenado a la indemnización del daño moral así ocasionado—.

Bibliografía

- Alerini, Anillo López Cabana, Roberto, *Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, L.L. 1991-A. Sect. Doctrina, p. 300.
- Argallo, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Ed. Astrea.
- Barbero, Omar, *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, J.A., t. 29, p. 623.
- *Datos y perjuicios derivados del divorcio*, L.L., t. 105, p. 1943.
- *Los datos y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil*, L.L., t. 134, p. 1429.
- Bidart, Carlos, Germán J., *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo*, E.D. 128-330.
- Borda, Guillermo - Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot.
- Bosert, Custado - Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Astrea.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría de la responsabilidad civil*.
- Makrisich de Basco, Lidia H., — *Marco normativo de derecho de niños y derecho judicial*... E.D. 30-05-91.
- *Reformas incidentales introducidas por la ley 23.264 en materia de derecho alimentario*, E.D. 128-707.
- *Civta averçada acción del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cohecho culpable de divorcio*, E.D. 115-844.
- Mastaglio, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot.
- Masot, Juanjoque, *Los datos emergentes del divorcio*, L.L., t. 1993-C, p. 348.
- Ribera, Juan Carlos, *El daño moral*, J.A. t. XIV, sec. doctrina, p. 99.
- Vidal Tapia, Carlos H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ed. Astrea.

²⁵ E.D. 128/331 y ss.