

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO DE 1998

Autor:
Medina, Graciela

Cita: RC D 1666/2012

Tomo: 1999 6 Daño moral.

Revista de Derecho de Daños

Sumario:

I. Introducción y objetivos. II. Relaciones de familia en las que se ha planteado el problema del daño extrapatrimonial. III. Estado actual de la evolución jurídica argentina. Daño extrapatrimonial derivado del divorcio. 1. Motivos por los cuales se deben indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio. a) Especialidad de las normas del Derecho de Familia. b) Falta de precisión legislativa de los daños en el divorcio, similar a la existencia en materia de nulidades. c) El error de elección. d) Disminución de los matrimonios. e) Hay daños que deben quedar sin reparación. 2. Extensión del deber de reparación. a) El daño extrapatrimonial consecuencia del hecho generador del divorcio. b) El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí. 3. La culpa grave como factor de atribución. Daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento del hijo. 1. Daño extrapatrimonial producido por la falta de reconocimiento paterno. 2. Agravamiento del daño extrapatrimonial por la actitud de la madre al no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad. VI. Daño extrapatrimonial por la ruptura del concubinato. VII. El daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia en el proyecto de Código Civil de 1998. 1. Reglas generales. a) Aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil a las relaciones de familia. b) Culpa grave. 2. Daño extrapatrimonial por el no reconocimiento. 3. Daño derivado del divorcio. VIII. Conclusiones.

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO DE 1998

I. Introducción y objetivos

En el presente estudio nos proponemos abordar el tratamiento del daño extrapatrimonial en las relaciones de familia, describir cómo se originó el tema en la Argentina, cuáles son los problemas generales que ha planteado, en qué ámbito de las relaciones familiares se ha reconocido el derecho a la indemnización, con qué extensión, y cómo se ha plasmado esta evolución jurisprudencial y doctrinaria en el proyecto de reforma de Código Civil de 1998. Limitaremos nuestro estudio a los daños extrapatrimoniales producidos por los integrantes de la familia entre sí, y excluirémos de éste el tema de los daños extrapatrimoniales efectuados por un tercero a un miembro de una familia, como así también los daños producidos por un miembro de la familia a un tercero, por los cuales debe responder otro integrante de la familia [1]. El daño extrapatrimonial en las relaciones de familia no es nuevo, ya que no se puede decir que en los últimos veinte o treinta años en la familia se puede producir daño extrapatrimonial a uno de sus miembros y antes de esta fecha no. Lo que es relativamente nuevo es la admisión, por nuestros tribunales, de los reclamos indemnizatorios de daño en las relaciones de familia. La aceptación de la responsabilidad por daño extrapatrimonial y la consiguiente indemnización a la víctima del perjuicio extrapatrimonial se instala en la doctrina argentina en la década de los años '70 [2], es decir, hace sólo treinta años; se recepta jurisprudencialmente en la década de los '80 [3] y es recién en los años '90 cuando es reconocido con mayor amplitud [4]; al principio se establece la división entre daño moral y daño patrimonial, pero en la actualidad la división se realiza entre daño extrapatrimonial y daño patrimonial.

II. Relaciones de familia en las que se ha planteado el problema del daño extrapatrimonial

El daño extrapatrimonial provocado por un integrante de la familia a otro puede producirse en todas las

relaciones de familia, pero su reparación ha sido prevista legislativamente sólo en un caso, admitida jurisprudencialmente en dos supuestos, reclamada pero no admitida en otros dos casos, y planteada doctrinariamente en un caso en que no se conocen precedentes. - Supuesto admitido legislativamente: En la nulidad de matrimonio es el único supuesto en que tiene admisión legislativa la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. El artículo 225 del Código Civil establece: El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia. - Supuestos admitidos jurisprudencialmente: Jurisprudencialmente se ha admitido la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio y provocados por la falta de reconocimiento de los hijos. - Reclamados pero no admitidos: Se ha reclamado pero no se ha admitido la indemnización de daño extrapatrimonial en el supuesto de ruptura intempestiva de esponsales y de concubinato. - Planteados en la doctrina: Brebbia sostiene que el abandono del hijo por su padre o madre constituye un hecho ilícito gravísimo, que origina la responsabilidad civil por el daño extrapatrimonial sufrido por el hijo abandonado, a raíz de la conculcación del deber legal emergente de la patria potestad [5]; sobre este punto desconocemos la existencia de precedentes.

III. Estado actual de la evolución jurídica argentina

En la Argentina, al existir un supuesto en que expresamente la ley ha reconocido la posibilidad de demandar daños y perjuicios -nulidad de matrimonio- y no haberse realizado la misma previsión en otros casos, como los de divorcio o los de falta de reconocimiento de hijos, la cuestión primaria es determinar si se aplicaron los principios generales de la responsabilidad civil a los daños producidos en el ámbito de las relaciones de familia y sobre todo al problema del daño extrapatrimonial, por la especialidad de las relaciones de familia. La aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil ha suscitado y plantea resistencia, por su falta de recepción legislativa, aunque hoy mayoritariamente se admite que si se demuestran los elementos de la responsabilidad civil corresponde la indemnización por el daño extrapatrimonial provocado en las relaciones de familia; no obstante lo cual resulta conveniente una previsión legislativa expresa como la contenida por el proyecto de reforma del Código Civil de 1998. La segunda cuestión, que dista mucho de ser resuelta, es la relativa al tipo de culpa que se requiere para dar lugar a la indemnización de los perjuicios derivados por el daño extrapatrimonial. Si bien la diferencia entre culpa grave y culpa leve no tiene cabida en el Derecho positivo civil argentino, la jurisprudencia explícita o implícitamente ha requerido la existencia de culpa grave para hacer lugar a este tipo de reclamaciones. En otras palabras, se han exigido estándares muy altos en el factor de atribución para otorgar la indemnización. Ello debido indiscutiblemente al afán de buscar un punto de equilibrio entre los principios del Derecho de Familia y los principios del Derecho de Daños y dar respuestas a las críticas que se hicieron a la posibilidad de introducir los principios de la responsabilidad en el ámbito de las relaciones de familia. En el ámbito propio del daño en el divorcio, la cuestión en debate en la actualidad no es la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, sino la extensión a dar a la reparación del daño; porque mientras algunos consideran que debe limitarse a la responsabilidad por el daño producido por los hechos generadores del divorcio, otros en cambio lo extienden al daño producido por el divorcio en sí mismo. Habiéndose admitido la aplicación de los principios de la responsabilidad civil al ámbito de las relaciones de familia en el caso de divorcio, su aplicación no fue tan debatida en la reparación del daño producido por el no reconocimiento de los hijos. Como los precedentes jurisprudenciales que hicieron lugar a estos reclamos fueron posteriores al de los daños y perjuicios derivados del divorcio [6], se partió de la aceptación de la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil a la órbita del Derecho de Familia, y la cuestión en debate se centró en la antijuridicidad de la falta del reconocimiento voluntario, ya que el reconocimiento es un acto jurídico voluntario; éste es un tema en constante revisión por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Indiscutiblemente, el tema de la responsabilidad y específicamente del daño extrapatrimonial en las relaciones de familia, no podía dejar de ser abordado en el proyecto de Código Civil de 1999, que se ocupa de los tres puntos conflictivos que antes hemos señalado, a saber: - Recepción legislativa. - Extensión a dar al daño extrapatrimonial en el divorcio. - Graduación de la culpa como factor de atribución. Creemos que corresponde analizar por separado el supuesto del daño extrapatrimonial en el divorcio, del caso de daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento, para luego adentrarnos al tema del proyecto de reforma integral de Código único de 1998.

IV. Daño extrapatrimonial derivado del divorcio [7]

Vamos a reseñar los diferentes argumentos esgrimidos para oponerse a la recepción del daño extrapatrimonial

del divorcio, para luego abordar el tema de la extensión de la reparación y finalmente detenernos en la gravedad del factor de atribución.

1. Motivos por los cuales se deben indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio

Los argumentos desarrollados para oponerse a la reparación del daño extrapatrimonial del divorcio son: i) La especialidad de las normas del Derecho de Familia; ii) falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio, similar a la existente en materia de nulidades; iii) no se puede indemnizar el error de elección; iv) el hacer lugar a la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio puede producir la disminución de matrimonios; v) hay daños en la vida que deben quedar sin reparar. Creemos que todos y cada uno de estos fundamentos pueden ser respondidos con otros argumentos que convencen sobre la posibilidad de la reparación. No de una reparación genérica, que se produzca necesariamente con el divorcio sino de una reparación en aquellos casos en que se dan los presupuestos de la responsabilidad civil. No obstante que la postura que acepta la indemnización de daños en el divorcio ha sido tachada de oportunista, indigna, intolerante, contraria a la realidad argentina e inextrapatrimonial, forma parte de quienes creen que procede la indemnización de los perjuicios si se dan los presupuestos de la responsabilidad extracontractual [8]. Conviene sentar como premisa que no siempre el cónyuge inocente tendrá derecho a la indemnización reparadora [9] y que admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción [10]. Sólo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual cabrá otorgar una indemnización reparadora por el daño extrapatrimonial. Ello implica que no siempre que haya daño se hará lugar a la reparación. Partiendo de estas apreciaciones analizaremos cada uno de los argumentos dados en contra de la indemnización del daño extrapatrimonial en divorcio.

a) Especialidad de las normas del Derecho de Familia

El primer argumento desarrollado para denegar la indemnización del daño extrapatrimonial derivado del divorcio deviene de considerar que el régimen matrimonial es especial, y que las características propias de la institución del matrimonio atienden a una particular realidad fundamental de convivencia, que no permite aplicar las normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por los hechos ilícitos. Este argumento fue desarrollado, también, por la doctora Delfina Borda -en su excelente voto en el fallo plenario de la Capital Federal- quien señaló que la especialidad del Derecho de Familia hace imperativas sus normas, y torna inadmisibles la aplicación de otras ramas del Derecho Privado, como es el patrimonial, por lo que no habiendo ninguna norma expresa no consideró admisible este tipo de indemnizaciones. Estimamos que este argumento puede responderse así: (i) El Derecho de Familia debe adecuar sus normas al Derecho Civil constitucional y respetar el rango superior del principio jurídico de no dañar de jerarquía constitucional y supranacional. La especialidad del Derecho de Familia y la diferencia de su contenido no son justificativos para violar el principio jurídico de no dañar a otro que tiene jerarquía constitucional y supranacional. El principio jurídico de no dañar a otro está contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Es un derecho implícito porque hace a la dignidad y a la integridad física y síquica de la persona humana, derecho éste de jerarquía suprallegal. El Derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas de Derecho Civil de rango constitucional [11] y no puede, en aras de la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro. Por otra parte, cabe recordar que el derecho a la integralidad de la persona humana "no es otorgado a la persona humana" sino que pertenece a la persona per se, y sólo puede ser reconocido por el Derecho supranacional o nacional [12]. No advertimos cómo una rama especial del Derecho (en este caso, el Derecho de Familia) puede obviar ese principio. Señala la doctora Méndez Costa que, partiendo de la calidad de derecho humano del que se tiende a la integralidad física y espiritual, hemos llegado a sostenerlo asimismo de los derechos familiares y, entre ellos, tal vez en primer lugar, de los cónyuges conjugados en la fe matrimonial, que se manifiesta en las múltiples facetas de la fidelidad, la asistencia y la convivencia de los esposos. Faltar a los correlativos deberes, infringir los derechos del consorte, implica afectar su dignidad, el respeto incondicional debido a su ser [13]. (ii) La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales. Ciertamente es que la materia está inspirada y gobernada por principios que le son propios, pero también tienen principios propios otras ramas del Derecho Privado, como el Derecho Societario, los Derechos Reales o el Derecho de la empresa, y no por ello se los ha excluido del Derecho común [14]. El Derecho de Familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y por ende para solucionar los conflictos deben aplicarse

los principios de la teoría general del Derecho Civil; así, por ejemplo, "la representación paterno-materna de los hijos menores se rige supletoriamente por las normas del mandato" [15]. Cabe afirmar que, en principio, en el matrimonio se aplican las reglas generales en cuanto a capacidad, efectos y responsabilidad, y que cuando la ley quiere apartarse de la generalidad determina un régimen específico para los cónyuges, como en el caso del mandato, artículo 1276 del Código Civil, o de la posibilidad de constituir sociedades de persona. Resultando entonces de aplicación los principios generales que gobiernan el Derecho Privado, debe admitirse la obligación de reparar el daño causado por el hecho generador del divorcio o por el divorcio en sí, ya que con ello no se vulnera la institución matrimonial ni se alteran los principios de orden público que hacen a la familia e impedimos que queden impunes quienes a sabiendas cometieron un daño. (iii) La especialidad en materia de Derecho de Familia no ha impedido indemnizar los daños causados en materia de filiación. En materia de filiación extramatrimonial no existe ninguna norma que expresamente obligue a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento; sin embargo, jurisprudencialmente se ha condenado a pagar los daños originados por el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial, aplicando los principios de la responsabilidad civil [16].

b) Falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio, similar a la existente en materia de nulidades

Otro de los argumentos para considerar que no corresponde indemnizar el daño extrapatrimonial provocado por el divorcio radica en señalar el hecho de que el legislador en tres leyes dictadas a lo largo de cien años no ha previsto la reparación de los daños como uno de los efectos del "divorcio por culpa", y sí lo haya hecho en materia de nulidad de matrimonio. Esta idea admite las siguientes respuestas: (i) La especialidad en materia de nulidades no impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en otras órbitas del Derecho de Familia. La mayoría de la doctrina nacional acepta la absoluta especialidad en materia de nulidades matrimoniales, y la no aplicación a ellas de la teoría general de las nulidades. Esta especialidad explica que el legislador haya hecho referencia específica a la aceptación de la responsabilidad civil en materia de nulidades. Como el régimen de las nulidades matrimoniales se basta a sí mismo, no como el resto del Derecho de Familia, podía entenderse necesario que el legislador impusiera explícitamente la responsabilidad por daños. Pero en el resto del Derecho de Familia, por no ser un régimen autosuficiente, se aplican los principios generales de la responsabilidad civil. Ello es comúnmente aceptado en el ámbito de los esponsales. Aceptan la procedencia de la reparación por daños en los esponsales, entre otros [17], y también el de la responsabilidad por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial [18]. (ii) Sostener la necesidad de norma expresa es contrario a nuestro sistema legal. Ello sería pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, lo que es inadecuado a nuestro sistema legal (arg. art. 1109). Con atinado criterio señalaba Bidart Campos, al comentar un caso de indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio, que "los marcos iusprivatistas de la responsabilidad -tanto contractual como extracontractual- son importantes, pero subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional, el principio que inferíamos del artículo 19 de la Constitución Nacional. Alcanza sin más para que sin ninguna otra normativa infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero? Creemos que sí" [19]. No obstante lo antedicho, una norma expresa como la proyectada por el proyecto de Código Civil de 1998 es conveniente para eliminar toda duda.

c) El error de elección

También se ha fundado la no recepción del daño extrapatrimonial en "el error de elección", diciendo que quienes se casan piensan que los deberes derivados del matrimonio serán cumplidos por el otro cónyuge y que si esto no se logra se deberá soportar el fracaso. Este argumento había sido desarrollado más extensamente por la doctora Estévez Brasa en el año 1988 [20], quien señaló que no corresponde reparar el error de elección. Concretamente se dijo: "se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido -exigencia fundamental- con todo lo que ello implica. Si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos". Este argumento también puede ser refutado diciendo que: La reparación del daño no implica la indemnización del error sino del perjuicio. Muchas veces puede mediar un error en las cualidades del otro contrayente, pero eso no necesariamente ha de presuponer una indemnización. Sólo

cabrá la reparación si el compañero erradamente elegido comete un acto antijurídico que produzca un daño.

d) Disminución de los matrimonios

Otra de las consideraciones realizadas en contra de la reparación del daño extrapatrimonial en el divorcio es de carácter valorativo; se ha señalado que la posibilidad de la reparación del daño extrapatrimonial va a implicar una disminución de la tasa de matrimonio. No nos parece convincente este razonamiento, pues: (i) No es eximente de la responsabilidad civil la posibilidad de que otras personas no se casen. No es aceptable que estando dados los presupuestos de la responsabilidad civil, se exima al responsable porque existan personas que lean el precedente y asustadas no se casen. Esta forma de razonar es propia del common law, donde los jueces pueden "crear" las figuras de ilícitos indispensables o rechazarlas con fundamentos sociológicos o de política jurídica, pero impropia de nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánica donde los magistrados han de atenerse al plexo positivo. (ii) Aun siendo admitida la posibilidad de reparar por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, los precedentes son pocos. Los precedentes conocidos en materia de responsabilidad por daños son pocos, aun cuando la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia los admite. Ello porque los requisitos para lograrla son muchos, y el dictado de esta sentencia no va a facilitar el cumplimiento de los mismos. Creemos que el divorcio remedio seguirá siendo la vía adecuada para lograr la solución de los matrimonios desquiciados, por la rapidez y economía de su obtención, a más de que en la generalidad de los casos no existe un único culpable o un único inocente de la quiebra matrimonial.

e) Hay daños que deben quedar sin reparación

Por otra parte, se ha considerado que hay daños que deben quedar sin reparación, poniendo como ejemplo el dolor por la traición de un amigo. Consideramos que este razonamiento admite la siguiente respuesta: No deben quedar sin indemnizar los daños y perjuicios originados por el hecho generador del divorcio cuando sean conductas antijurídicas, exista factor de atribución y guarden relación de causalidad adecuada. Entendemos que negar la indemnización del daño extrapatrimonial en el divorcio, por analogía con el agravio por la conducta de un amigo, parte de la ignorancia de los principios más elementales que sustentan la responsabilidad civil, ya que lo que ocurre en el ejemplo dado es que no hay ilicitud, es decir, no hay conducta antijurídica. Pero sí hay conducta antijurídica en el divorcio cuando se incumple con uno de los deberes legalmente establecidos, y si existe factor de atribución -dolo o culpa- y ello provoca un daño que guarde relación de causalidad adecuada con el hecho antijurídico, se deberá indemnizar.

2. Extensión del deber de reparación

La cuestión radica en determinar cuál es la extensión a dar a la reparación del daño extrapatrimonial en el divorcio, ello es, si se deben indemnizar: a) El daño extrapatrimonial consecuencia del hecho que lo determinó, y b) El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí. El tema ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria y jurisprudencial en Francia, donde después de la reforma de la ley del 11 de julio de 1975 se admite la reparación amplia [\[21\]](#).

a) El daño extrapatrimonial consecuencia del hecho generador del divorcio

Parece indiscutible que se debe indemnizar el daño extrapatrimonial generado por la conducta antijurídica que originó el divorcio, lo que Cifuentes denomina la conducta productora del divorcio [\[22\]](#). Por eso, en diversas legislaciones que admiten expresamente la indemnización de los daños causados por el divorcio se alude a los hechos que han causado un grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente (art. 151 del Cód. Civ. suizo) o que comprometan gravemente su legítimo interés personal (art. 351, Cód. Civ. peruano de 1984) o que le han infligido una grave ofensa (art. 1453, Cód. Civ. griego) [\[23\]](#).

b) El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí

La cuestión reside en determinar si también se debe reparar el daño extrapatrimonial que ocasiona en sí mismo el divorcio, es decir, si la angustia, el sufrimiento, el dolor que sufre el inocente a consecuencia del divorcio deben ser indemnizados. Cabe señalar que las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los

cónyuges. En este sentido, se ha dicho que la declaración del divorcio frustra todo un proyecto de vida sustentado en el matrimonio y en la familia unida; el sujeto pierde la compañía y la asistencia espiritual del cónyuge, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa [24]. Un importante sector de la doctrina considera que estos daños no pueden ser indemnizados, ya que "considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños extrapatrimoniales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario pasa por alto no sólo ya la naturaleza especialísima de las relaciones de familia en general, y de las matrimoniales en particular, sino primordialmente, una circunstancia relevante y computable, que entiendo, la mayor parte de la doctrina tiende a valorar que es que el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial". El divorcio, en suma, se impone por la fuerza de los hechos (algo así como por imperio del res ipsa loquitur), a causa de una situación de conflicto o de fracaso de la unión matrimonial. Es más un remedio -aun en estos casos- aunque sea doloroso, que una situación dañosa. Porque el daño extrapatrimonial, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable, y que, probadas, el juez valora y juzga (por mucho que la valoración se haga relativamente en un recorte artificioso de la realidad existencial total que han vivido los cónyuges) como "causa" de divorcio. Pero de un modo u otro, la pretensión del que finalmente es considerado inocente presupone necesariamente la convicción de que es menos dañoso separarse o divorciarse que continuar una convivencia tormentosa o extrapatrimonialmente insostenible [25].

3. La culpa grave como factor de atribución

En doctrina fue Cifuentes quien primero puso el acento en la gravedad de la culpa para ser factor de atribución en las acciones de responsabilidad por daños en las relaciones de familia. Señala el citado tratadista que sólo corresponde hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios derivados del divorcio cuando los hechos que llevaron a éste tienen una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, provocan una lesión al bien extrapatrimonial que debe ser compensada con carácter autónomo. Por ejemplo, el insulto en público con un verdadero escándalo, endilgando acciones muy bajas; el adulterio desembozado, que produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves; la gravedad de los hechos penetra en el régimen matrimonial, por un lado con el divorcio como punto final. Entiende Cifuentes que para hacer lugar a la reparación, el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras [26]. Esta posición es seguida por Calatayud, en el plenario de la Cámara Civil de la Capital, quien dice: "no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra es menester requerir una fuerza dañadora muy punzante, una trascendencia de la ofensa fuera de lo común. Así por ejemplo será materia de reparación el daño extrapatrimonial a favor del esposo o esposa que ha sufrido la violación del deber del otro, la actitud de éste de haberse mostrado desembozadamente con una persona de sexo opuesto y en actitudes francamente indecorosas, impropias de una persona casada, mas no la de aquel que aun violando el deber de fidelidad, lo hizo en el recato propio de la intimidad, más allá de que pudiera haber sido sorprendido in fraganti por una de esas cosas que tiene el destino" [27]. Otorgar indemnización sólo en los supuestos de culpa grave puede ser una opción de política legislativa, pero lo cierto es que carece de respaldo legislativo en el sistema positivo vigente, ya que en el Código Civil no se establece diferencia entre culpa grave y leve [28]. Por nuestra parte, no compartimos el criterio de otorgar reparación sólo cuando el adulterio fuera escandaloso y no cuando fuera discreto; la infidelidad siempre presupone un insulto grave al otro cónyuge, un ataque a su dignidad, sin ser necesario que sea desembozada o pública [29], por ello pensamos que aun en el supuesto de admitirse la responsabilidad por culpa grave, el adulterio siempre será factor de atribución por su gravedad, aunque sea discreto.

V. Daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento del hijo [30]

El tema del daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento se puede abordar desde dos puntos de vista: el paterno y el materno. Por un lado corresponde tratar el problema del daño extrapatrimonial producido por el padre que no reconoce voluntariamente al hijo, y por otra parte la problemática del agravamiento del daño

extrapatrimonial producido por la madre al no reclamar rápidamente el reconocimiento en representación de su hijo. Abordaremos por separado ambos temas.

1. Daño extrapatrimonial producido por la falta de reconocimiento paterno

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Por motivos de claridad nos parece apropiado realizar un cuadro comparativo de los motivos dados por quienes admiten la posibilidad de otorgar indemnizaciones por daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento del hijo y quienes no lo hacen, señalando que los últimos argumentos de los partidarios de la tesis restrictiva han sido desarrollados por el señor juez de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, doctor Petiggiani, en posición hasta ahora minoritaria.

TESIS NEGATIVA TESIS POSITIVA

El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar [31]. El reconocimiento, si bien es un acto discrecional no puede ser realizado arbitrariamente.

El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el Derecho debe alentar, y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta tanto el interés familiar como el del propio menor [32]. El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación y para tenerla debe ser reconocido.

La falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad. No existe interés del niño a ser dañado, ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido.

La aplicación de las noramas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios. La indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores (generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años.

La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales del derecho. Los precedentes son pocos [33].

La tesis negatoria parte de considerar que quien no reconoce no viola ningún deber jurídico y que por lo tanto no está obligado a reparar. Ante esta argumentación cabe preguntarse si existe una obligación jurídica o un deber jurídico de reconocer a los hijos.

Podría contestarse a ese interrogante diciendo que el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo y que por ser voluntario no es obligatorio; además, podría argumentarse que la madre no puede atribuir la paternidad de un hijo a nadie.

Estos argumentos no son válidos, porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra muy distinta que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo [34].

Es que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad (art. 250 del Cód. Civ.).

El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar.

Con ello queremos señalar que no basta el no reconocimiento para generar la responsabilidad, sino que además deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir, que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

También constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso, mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica [35].

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad; concretamente, una violación del derecho a la identidad personal al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo [36].

Por lo tanto, lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario.

Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al

estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño extrapatrimonial o daño patrimonial:

El daño extrapatrimonial deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada.

El factor de atribución es el dolo o la culpa, ya que no se trata de una responsabilidad de carácter objetivo sino subjetivo, por lo tanto la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa [37].

No existe culpa si no se reconoció porque se ignoraba la existencia del hijo, o porque se dudaba de la paternidad; por ejemplo, el hombre que durante mucho años fue estéril puede bien dudar de que el hijo atribuido fuere suyo, como así también puede dudarlo quien tuvo relaciones con una prostituta, aunque la casi certeza que hoy producen las pruebas biológicas no eximirá de responsabilidad si mediara negativa a su realización.

Puede también existir imposibilidad de reconocimiento, lo que exime también de la responsabilidad; en circunstancias que se producen cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre extramatrimonial por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre. El caso específico se da cuando se trata del hijo habido entre una mujer casada y un tercero: si el hijo nace en el seno del matrimonio es jurídicamente reconocido como hijo del marido de la madre y el padre no podrá en este caso reconocerlo, ni tampoco iniciar las acciones de impugnación de la paternidad legítima que sólo pueden ser ejercidas por el marido de la madre y por el hijo (art. 259 del Cód. Civ.).

Necesariamente, el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir, debe haber una relación de adecuada causalidad entre la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado.

2. Agravamiento del daño extrapatrimonial por la actitud de la madre al no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la paternidad

La cuestión reside en determinar si el retardo en el inicio de las acciones para lograr el reconocimiento, por parte de la madre, puede ser un factor de agravamiento del daño extrapatrimonial que exima de responsabilidad al padre. El cuestionamiento deriva de que en el primer pronunciamiento judicial argentino sobre el tema se limitó la responsabilidad por entender que gran parte del daño había sido causado por la negligencia de la madre en iniciar las acciones de responsabilidad [38]. Creemos que no se puede retacear la indemnización debida al hijo por falta del ejercicio de la acción por parte de la madre, ya que ésta no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad; ella la ejerce en representación del hijo o en su caso subrogándose en los derechos de éste, y como para el hijo la acción es imprescriptible no vemos por qué se puede atribuir responsabilidad por el no inicio de las acciones tendientes a que el obligado asuma sus deberes. Constituye un absurdo que el padre incumpla, se responsabilice a la madre cumplidora por no haber intentado con anterioridad las acciones tendientes al reconocimiento, y se limite el resarcimiento del menor. Si la acción es imprescriptible, no parece que exista una conducta antijurídica de la madre que no actúa procesalmente contra el no reconociente. Podría decirse que la madre como representante del menor es quien se encuentra obligada a representarlo en juicio y que de no reclamar ella, el incapaz no lo puede hacer. Pero creemos que el factor de atribución es la culpa del padre, no la demora de la madre. Pensamos que tratándose de una acción imprescriptible, al niño no se le priva de un derecho si no se acciona, y que el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo. Además, múltiples motivos pueden llevar a la madre a no querer accionar judicialmente, como por ejemplo la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa del reconocimiento espontáneo, etcétera. En definitiva, entendemos que la demora de la madre en iniciar las acciones judiciales tendientes a lograr el reconocimiento no es un eximente de la responsabilidad del padre, porque no interrumpe el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

VI. Daño extrapatrimonial por la ruptura del concubinato

Dado que los concubinos no tienen los mismos deberes que los esposos, si cualquiera de aquéllos decide interrumpir la cohabitación, en principio no debe indemnizar al otro. Así lo ha sostenido la jurisprudencia en un reciente fallo en el que se ha afirmado que: "como en el abandono por parte de uno de los concubinos del hogar no existe antijuridicidad, tal concubino no es responsable por los daños que el otro sufre por su conducta. En efecto, el concubinato puede generar otros derechos pero jamás el de ser indemnizado por los perjuicios que

pueda sufrir el que no decide interrumpir esa situación" [39]. Por nuestra parte, compartimos la doctrina que dice: "la interrupción de la convivencia por uno de los concubinos, en sí, no es causal de responsabilidad resarcitoria, ni de derecho a reclamo para el otro. Sin embargo, las circunstancias de la relación, el obrar culposo o doloso de quien abandona al otro, la relación directa entre esa decisión arbitraria y los daños producidos al abandonado, podrían dar a éste un eventual derecho a su reparación. Si bien debería apreciarse con criterio estricto cuál es el daño resarcible en estos casos" [40].

VII. El daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia en el proyecto de Código Civil de 1998

El proyecto de reforma integrada del Código Civil de 1998 se ocupa del daño extrapatrimonial en las relaciones de familia, dando respuesta a las cuestiones más problemáticas en este ámbito. Lo más importante para señalar es que: - El proyecto con muy buen criterio suprime la referencia al daño moral, que tantas polémicas y dificultades había originado, y lo sustituye por el daño extrapatrimonial. - Legisla específicamente sobre la responsabilidad en las relaciones de familia, dando fin así a todos los cuestionamientos relativos a la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en la órbita del Derecho de Familia. - Exige la culpa grave o el dolo como factores de atribución si el daño se produce en las relaciones de familia, siguiendo la tradición en la materia y el requerimiento de la más prestigiosa doctrina. - Acepta expresamente la responsabilidad por el no reconocimiento de los hijos, eliminando todas las dudas sobre la antijuridicidad de la conducta del no reconociente. - Legisla sobre la reparación de los daños en el caso de nulidad del matrimonio, siguiendo en esto el sistema vigente que no había recibido críticas (art. 513 del proyecto de reforma del Cód. Civ. de 1998). - Admite el criterio amplio que permite el resarcimiento de los daños tanto por los hechos que dieron lugar al divorcio, como por la situación originada por el mismo.

1. Reglas generales

En el tema objeto de nuestro tratamiento hay dos normas generales a tener en cuenta: la primera es la sustitución de la expresión "daño moral" por "daño extrapatrimonial", y la segunda la exigencia de la culpa grave para la reparación de los daños en la órbita de las relaciones de familia a saber: El artículo 1600 en los incisos a y b establece: "...a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley, y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. "b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas..." Creemos que es un acierto del proyecto de reforma la sustitución de la expresión "daño moral" por la de "daño extrapatrimonial" y que éste es más amplio y comprensivo que el daño moral y abarca una serie de nuevos daños que la doctrina más progresista venía considerando: daño a la salud, física o psíquica, al disfrute de la vida, a la libertad, a la seguridad, a la dignidad y a las afecciones legítimas [41]. El artículo 1686 del Proyecto expresa: "sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: "a) si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia "b) si el daño es causado por errores de jueces o de árbitros en el ejercicio de sus funciones "c) en los demás casos previstos por la ley". El proyecto de Código Civil se inclina por aceptar expresamente la responsabilidad en el ámbito de las relaciones de familia en general, pero limitada a la culpa grave. Creemos necesario detenernos en este punto, por las críticas que la recepción de la culpa grave ha provocado.

a) Aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil a las relaciones de familia

Aplaudimos la aplicación expresa de los principios de la responsabilidad civil a los daños en la órbita del Derecho de Familia; por nuestra parte nunca tuvimos dudas de que ellos se debían aplicar aun sin norma expresa, pero como éste es un tema que aún hoy se discute en doctrina y en jurisprudencia, parece prudente la existencia de una norma general que así lo reconozca.

b) Culpa grave

La división tripartita de la culpa -grave, leve, levísima- surge con la obra de los glosadores. La culpa grave se

caracterizaba "por la negligencia grosera en el cumplimiento de la obligación, la culpa de quien no había previsto lo que era previsible para el hombre menos atento o cuidadoso; la leve, la que no habría cometido un buen diligente padre de familia; la levísima consistente en no haber tenido el cuidado de un diligentísimo padre de familia" [42].

Consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes.

"La entronización de la culpa grave como presupuesto de atribuibilidad implica dejar dentro del ámbito de la neutralidad jurídica a omisiones, inadvertencias e incumplimiento de deberes que serán insuficientes para producir el efecto de atribución de la responsabilidad" [43].

Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado tenga que exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad.

"Debe reconocerse también que la introducción de la gradación de culpas no resuelve, por sí sola, el problema de la determinación, en el caso concreto, de cuándo se está ante un supuesto de 'culpa grave'. En la evaluación de un hecho determinado, volverán a jugar los ingredientes subjetivos del juzgador, dando lugar a la diversidad de opiniones, obteniéndose una mayor uniformidad a medida que se va hacia los casos extremos y produciéndose, en cambio, inevitables divergencias en los supuestos que se sitúen en las fronteras entre las culpas 'leves' y las «graves»" [44].

La culpa grave siempre existió en las relaciones de familia

Cabe señalar que si bien el ordenamiento general de Derecho Civil no acepta la diferencia entre culpa grave y leve en general, sí la aceptó siempre en el ámbito del Derecho de Familia; con ello el proyecto de Código Civil no hace sino continuar la tradición argentina en materia de Derecho de Familia.

En el Código de Vélez, una de las pocas manifestaciones de la culpa grave estaba contenida en la órbita del Derecho de Familia, concretamente en el artículo 461 del Código Civil que dice: "Contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, o que sea convencido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podían producir".

Por otra parte, siempre se tuvo en cuenta la gravedad de la injuria como causal de divorcio. Actualmente, el artículo 202, inciso 4°, del Código Civil también establece que las injurias sean graves para ser causal de divorcio.

En el régimen proyectado, las causas de separación judicial están contempladas en el artículo 514 que dice: "Causas que implican culpa. Son causa de separación judicial los hechos de uno de los cónyuges que constituyan una violación grave o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común".

Advertimos una gran coherencia en el proyecto, porque para ser causa de divorcio debe existir culpa grave en el actuar del ofensor y para dar lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio también debe existir culpa grave. Evidentemente, la conducta levemente culpable no es causal de divorcio, ni tampoco es un factor de atribución de la responsabilidad civil. Por ejemplo, las desavenencias simples cometidas con culpa leve, no serán causa de divorcio ni tampoco permitirán dar lugar a la responsabilidad por el daño extrapatrimonial que éstas causen.

En cuanto al daño extrapatrimonial por falta de reconocimiento del hijo también debe existir culpa grave en el no reconociente, culpa que no existirá si, por ejemplo, la tardanza en el reconocimiento es de unos pocos días, o si no mediando una relación estable anterior, el padre supedita el reconocimiento a la realización de los estudios de ADN.

Las opiniones doctrinarias propiciaban la culpa grave como factor de atribución

La necesidad de culpa grave para hacer lugar a la responsabilidad en materia de familia ya había sido advertida por la doctrina; citamos ya la opinión de Calatayud y Cifuentes, y advertimos que Zannoni [45], que en un primer momento adheriera sin reservas a los daños y perjuicios en materia de divorcio, con posterioridad los limita a los supuestos de gravedad. Por otra parte, autores como Mizrahi, que participan de la tesis negativa, en el estadio actual de la legislación advierten que la limitación a la culpa grave sería más conveniente para la familia [46].

2. Daño extrapatrimonial por el no reconocimiento

Está contemplado específicamente en el artículo 551 del proyecto que "el reconocimiento es irrevocable, no

requiere aceptación del hijo y no puede sujetarse a modalidades. Los daños causados al hijo por no haberlo reconocido son indemnizables conforme al artículo 1686". En el sistema vigente no existe ninguna disposición como la antes transcrita, no obstante lo cual la jurisprudencia mayoritaria ha aceptado que corresponde indemnizar los daños producidos por el no reconocimiento. A pesar de que aun sin existir norma específica se llega a igual solución por aplicación de los principios sobre responsabilidad civil, creemos conveniente la introducción de una regla de este tipo para que no exista ninguna duda, ni sobre la aplicabilidad de los principios generales de la responsabilidad civil en esta órbita ni sobre la ilicitud de la falta de reconocimiento; sobre todo cuando cierta doctrina jurisprudencial insiste en que "el no reconocimiento no importa la procedencia de una acción de indemnización de daños y perjuicios, con causa en aquel ilícito, atento que no se trata de un hecho irreversible ya que volviendo el progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable respecto de su hijo" [47]. Cuadra poner de relevancia que en el sistema proyectado hará falta una culpa grave para hacer posible la indemnización por los daños provocados por la falta de reconocimiento, como explicáramos en el punto anterior.

3. Daño derivado del divorcio

El proyecto de Código Civil establece en su artículo 525: "Daños. Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y extrapatrimoniales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el artículo 1686". El proyecto ha seguido el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 10 de diciembre de 1994, que aprobó como doctrina legal obligatoria para los tribunales nacionales: "en nuestro Derecho positivo es susceptible de reparación el daño extrapatrimonial ocasionado por el cónyuge culpable" [48]. Creemos que el artículo antes transcrito acepta el criterio amplio que admite el resarcimiento de los daños, tanto por los hechos que dieron lugar al divorcio como por la situación originada por el divorcio [49]. El proyecto sigue en esto al Código francés que en su artículo 266 recepta el criterio amplio que dice que "cuando el divorcio es declarado por culpa exclusiva de uno de los esposos el otro puede ser condenado a reparar los daños e intereses materiales o extrapatrimoniales que la disolución del matrimonio le ha hecho sufrir a su cónyuge. Este último no puede demandar los daños e intereses que le ha ocasionado la acción del divorcio". En el Derecho francés, a consecuencia de la amplitud de la fórmula contenida en el artículo antes transcrito, se puede demandar la indemnización del daño extrapatrimonial resultado de la disolución del matrimonio, provocado por las condiciones de abandono y de soledad que sufre el divorciado inocente después de una larga vida en común [50]. En nuestro país, si bien la doctrina acepta que la reparación debe comprender los daños y perjuicios derivados de la separación, lo cierto es que un análisis de la jurisprudencia nos permite afirmar que los daños que siempre se han condenado a indemnizar son los provocados por las causales de divorcio y no por el divorcio en sí. Por ello pensamos que la promulgación o que la sanción del proyecto del Código Civil en este aspecto no alterará en nada la jurisprudencia vigente en nuestros tribunales. En verdad conocemos un solo precedente en que se hizo lugar a la indemnización por los perjuicios derivados de la separación personal o del divorcio en sí, en el que se tuvo en cuenta que el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa [51].

VIII. Conclusiones

El proyecto de reforma integrada del Código Civil de 1998 se ocupa del daño extrapatrimonial en las relaciones de familia, dando respuesta a las cuestiones más problemáticas en este ámbito. Lo más importante para señalar es que: - El proyecto con muy buen criterio suprime la referencia al daño moral que tantas polémicas y dificultades había originado y lo sustituye por el daño extrapatrimonial. - Legisla específicamente sobre la responsabilidad en las relaciones de familia, dando fin así a todos los cuestionamientos relativos a la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en la órbita del Derecho de Familia. - Exige la culpa grave o el dolo como factores de atribución, si el daño se produce en las relaciones de familia, siguiendo la tradición en la materia (que ya exigía la culpa grave para la responsabilidad en la tutela y para otorgar el divorcio por injurias); el requerimiento de la más prestigiosa doctrina, y siendo coherente con todo el régimen matrimonial proyectado en el cual el divorcio sanción sólo se otorga por culpa grave. - Acepta expresamente la responsabilidad por el no

reconocimiento de hijos, eliminando todas las dudas sobre la antijuridicidad de la conducta del no reconociente. - Legisla sobre la reparación de los daños en el caso de nulidad del matrimonio, manteniendo en esto el sistema vigente que no había recibido críticas. - Admite el criterio amplio que permite el resarcimiento de los daños, tanto por los hechos que dieron lugar al divorcio como por la situación originada por el mismo.

- [1] Sobre estos temas remitimos al estudio de BREBBIA, Roberto, El daño moral en las relaciones de familia, en Derecho de Familia, homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 347.
- [2] Consideramos que la primera obra integral sobre el tema es de BARBERO, Omar, Daños y perjuicios derivados del divorcio, Astrea, Buenos Aires, 1977.
- [3] El primer precedente que admitió la reparación del daño extrapatrimonial provocado por el divorcio fue dictado en 1983 por la Cám. 1^o Civ. y Com. de La Plata, J. A. 1983-III-623.
- [4] Para una evolución jurisprudencial del tema del daño extrapatrimonial en el juicio de divorcio ver FERRER, Francisco, La prueba del daño en el divorcio culpable, en Revista de Derecho de Daños, N° 5, La prueba del daño -II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 218, y para una evolución jurisprudencial del tema de la responsabilidad por la falta de reconocimiento de los hijos ver MEDINA, Graciela, Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente), en J. A. 1998-III-1166.
- [5] BREBBIA, ob. cit., p. 360.
- [6] Como señaláramos en la nota 4, el primer precedente que admitió la reparación del daño extrapatrimonial provocado por el divorcio fue dictado en 1983 por la Cám. 1^o Civ. y Com. de La Plata, J. A. 1983-III-623 y L. L. 1983-C-328. Mientras que el primer precedente en los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento de los hijos fue dictado el por el Juzg. Civ. y Com. N° 9 de San Isidro, 29-3-88, E. D. 128-330.
- [7] VELAZCO, José Raúl, La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en L. L. 1991-A-1034; PERROT, Celina Ana y ROMANO, Claudio Gustavo, Los daños y perjuicios emergentes del divorcio, en L. L. 1991-D-1016; MIZRAHI, Mauricio Luis, Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil, en L. L. 1996-D-1702; MOLINA QUIROGA, Eduardo, La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en L. L. 1995-B-334; MANCHINI, Héctor, Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio, en J. A. 1986-I-727; MIZRAHI, Mauricio Luis, Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio, en J. A. 1993-II-339; ZANNONI, Eduardo, Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio, en J. A. 1994-II-822; MEDINA, Graciela, Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario), en J. A. 1994-IV-837; SALAS, Acdeel, Indemnización de los daños derivados del divorcio, en J. A. 1942-II-1011; ACUÑA ANZORENA, Arturo, Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio, en L. L. 27-212; COLOMBO, Leonardo, Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa, en L. L. 89-708; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Depalma, Buenos Aires, 1968, t. 2, vol. 2, ps. 149 y ss.; BARBERO, ob. cit.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Los daños emergentes del divorcio, en L. L. 1983-C-348; BELLUSCIO, Augusto, Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. 3, ps. 580 y ss.; MAZZINGHI, Jorge A., Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, t. 2, p. 26; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Separación personal, divorcio y responsabilidad civil, en Derecho de Daños, libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, Cap. XXVIII; LAGOMARSINO, Carlos y URIARTE, Jorge, Separación personal y divorcio, Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 466; MAKIANICH DE BASSET, Lidia, Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio, en E. D. 115-844; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Divorcio y responsabilidad civil, en L. L. 1988-D-376; LOMBARDI, César y SALVATORI REVIRIEGO, Gustavo, La responsabilidad civil en la separación personal y en el divorcio, en D. J. 1989-2-657; LEVY, Lea; WAGMAISTER, Adriana e IÑIGO DE QUIDIELLO, Delia, La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges, en L. L. 1990-C-990; URIARTE, Jorge, Reparación del daño extrapatrimonial derivado de los

hechos constitutivos del divorcio, en J. A. 1988-III-376, etc.

- [8] MEDINA, Daños y perjuicios... cit.
- [9] CORNU, Gérard, Droit Civil. La famille, Edition Montchrestien, Paris, 1984, p. 534.
- [10] MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent, Cours de Droit Civil. La famille, Cujas, Paris, 1987.
- [11] RIVERA, Julio César, El Derecho Privado constitucional, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- [12] HERVADA, Javier, Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del Derecho, en Persona y Derecho, 1982, t. IX, ps. 243-256.
- [13] MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La indemnización del daño extrapatrimonial causado por las inconductas conyugales en el contexto de los derechos humanos, en E. D. del 6-4-99.
- [14] CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español común y foral, Reus, Madrid, 1983, p. 54.
- [15] MÉNDEZ COSTA, Separación personal... cit., p. 636.
- [16] Juzg. N° 9, 1 ' Inst. Civ. y Com. de San Isidro, 29-3-88, E. D. 128-33 con nota de BIDART CAMPOS, Germán, Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño extrapatrimonial al hijo. Aspecto constitucional.
- [17] MAZZINGHI, Jorge, Objeciones al proyecto de ley de matrimonio civil aprobado por diputados, en L. L. 1986-E-1104.
- [18] Cám. Apel. Civ. de San Isidro, sala I, 13-10-88, E. D. 132-475, con nota de Lidia Makianich de Basset y Delia Gutiérrez.
- [19] BIDART CAMPOS, Germán, Indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio, en E. D. 146-99.
- [20] Cam. Nac. Civ. de la Capital Federal, sala B, 29-4-88, fallo 32.184.
- [21] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS, François, Leçons de Droit Civil. La famille, Montchrestien, Paris, 1995, p. 777.
- [22] CIFUENTES, Santos, El divorcio y la responsabilidad por daño moral, en L. L. 1990-B-805.
- [23] ZANNONI, Repensando el tema de los daños... cit.
- [24] FERRER, ob. cit., p. 215.
- [25] ZANNONI, Repensando el tema de los daños... cit.
- [26] CIFUENTES, Santos, El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial, en L. L. 1990-B-805.
- [27] Del voto del Dr. Calatayud en L. L. 1994-E-552.
- [28] La falta de apoyo legislativo es puesta de relevancia por MIZRAHI, Un nuevo pronunciamiento... cit.
- [29] Conforme lo señala Delfina Borda en el fallo plenario de la Cám. Nac. Civ. de la Cap. Fed., en L. L. 1994-E-561.
- [30] BIDART CAMPOS, Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente... cit.; MAKIANICH DE BASSET, Lidia y GUTIÉRREZ, Delia M., Procedencia de la reparación del daño extrapatrimonial ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo, en E. D. 132-477; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, El daño extrapatrimonial en la negativa de filiación y legitimación al resarcimiento, en L. L. 1995-C-413;

ILUNDAIN, Mirta, Daños y perjuicios por falta de reconocimiento de la filiación. Prescripción, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 9, Abeledo-Perrot, p. 130; ZANNONI, Eduardo, Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo, en L. L. 1990-A-1; BREBBIA, ob. cit.; Julio César Rivera (Instituciones de Derecho Civil. Parte general, t. II) aclara que el estado de familia forma parte del estado civil y constituye un derecho personalísimo; COMPIANI, María Fabiana, Acción indemnizatoria del hijo contra los progenitores que han omitido u obstaculizado su emplazamiento en el estado filial, en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, del 2-6-98, p. 21; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del Derecho francés, en Derecho de Daños cit., p. 645.

- [31] SCJBA, 17-3-92; minoría en fallo del 28-4-98, E. D. del 16-2-99.
- [32] Pettigiani, minoría en fallo del 28-4-98, E. D. del 16-2-99.
- [33] Una reseña jurisprudencial se puede ver en MEDINA, Graciela, Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo (visión jurisprudencial), en Revista de Daños N° 4, La prueba del daño - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 111 y ss.
- [34] ZANNONI, Responsabilidad civil por el no reconocimiento... cit.
- [35] BREBBIA, ob. cit.
- [36] Rivera (Instituciones de Derecho Civil. Parte general cit.) aclara que el estado de familia forma parte del estado civil y constituye un derecho personalísimo.
- [37] ZANONNI, La responsabilidad civil por el no reconocimiento... cit.; COM-PIANI, ob. cit.
- [38] 1° Inst. Civ. y Com. de San Isidro, E. D. 128-333, considerando 6°.
- [39] Cám. Nac. Civ., sala C, 3-3-98, "B., H. Z. c/C. R. E.", en L. L. del 3-6-99, con nota a fallo de FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y HERRERA, Micaela, Efectos jurídicos de las uniones de hecho: responsabilidad por su ruptura, p. 1.
- [40] FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y HERRERA, ob. cit. en nota anterior.
- [41] MOSSET ITURRASPE, Jorge, La responsabilidad civil en el tercer milenio (el proyecto de reforma del Código Civil), en J. A. del 5-5-99, p. 4.
- [42] ORGAZ, Alfredo, La culpa, p. 125.
- [43] BARBATO, Nicolás Héctor, Culpa grave, Derecho Civil y Derecho de Seguros, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 19, Seguros - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 176.
- [44] BARBATO, ob. cit.
- [45] ZANNONI, Repensando el tema de los daños... cit.
- [46] MIZRAHI, Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios... cit.
- [47] Pettigiani, en su voto en SCJBA, 28-4-98, "P. M. D. c/A. E. s/Filiación e indemnización por daños y perjuicios" (Ac. 59.680), E. D. del 16-2-99.
- [48] J. A. 1994-IV-549, E. D. 160-162 y L. L. 1994-E-538.
- [49] FERRER, ob. cit. en nota 4.
- [50] Jurisprudencia General Dalloz, contenida en el Cód. Civ. de Dalloz, 1986, p. 184, comentario al art. 266.

[51] Cám. Nac., sala F, 21-5-93, L. L. 1995-B-334 y J. A. 1994-I-321.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.