Daños en las relaciones de familia

Por Carlos A. Parellada

(publicado en La Ley diario del 1 de octubre de 2015)

1. Introducción:

La comunidad jurídica argentina está convocada por las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil –a llevarse a cabo en Bahía Blanca, entre los días 1 y 3 de octubre- a un debate profundo y esclarecedor de un tema polémico, complejo, movilizante por sus múltiples aristas (sociológicas, sicológicas, religiosas, educativas, bioéticas). No se trata de un tema novedoso –salvo en algunos aspectos puntuales-, pero es indudable que hoy se contextualiza un proceso de cambio normativo: los daños que se provocan o sufren a raíz del contacto próximo que se produce en el ámbito de las relaciones de familia.

En efecto, la nueva contextualización normativa impone un repensar el tema en pos de la interpretación que surgen de las nuevas normas para estos daños que han problematizado a la doctrina y a los jueces durante estas últimas décadas.

Las líneas que siguen tiende a motivar ese debate. Por ello no se persigue a través de ellas respuestas unívocas o un compromiso de opinión –aunque sea casi ineludible-, sino establecer un marco descriptivo del nuevo contexto, para que en el propio debate puedan expresarse las diversidad de opiniones que seguramente se suscitarán respecto de tan polémico tema.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, constituyen un marco adecuado para plantear las perspectivas jurídicas de esta problemática. Sin embargo, su carácter interdisciplinario requiere que las reflexiones que se vierten en ellas, sean completada por otros ángulos de mira que las completen y/o rectifiquen. [[1]](#footnote-1) Por ello, más allá de la pasión que se ponga en nuestras diversas posturas, debemos tener una visión humilde, que debemos reconocer parcial y no definitiva. Esa modestia es la que posibilita el diálogo, pues sólo quienes no están convencidos de dar la respuesta absoluta, son capaces de escuchar la mirada complementaria de los demás, que –en la medida que la escuchemos- servirá para integrarla a la nuestra y nos permitirá advertir sus virtudes y defectos.

La finalidad del debate jurídico es que sirva para la reflexión y el intercambio de opiniones, que pueda orientar a los operadores jurídicos –magistrados, abogados y docentes- para iluminar los claro-oscuros que presentan la variedad de casos que la realidad ofrece para superar los múltiples conflictos familiares que se producen en la sociedad de nuestros días.

El análisis del tema enfrenta a dos disciplinas del derecho que han tenido una gran evolución en los últimos tiempos. Por un lado, el derecho de familia y por el otro el derecho de daños. Por lo que se impone mirar a esta problemática, desde las dos visiones y a la luz que irradian los principios que implican cada una de ellas. Desde cualquiera de las dos visiones ha de tenerse en cuenta la idea de que todo el Derecho sólo tiene sentido en cuanto reconozca que “el hombre y sus derechos inalienables es el fin y el eje del sistema jurídico”

1. Los principios y valores del derecho de daños.

La mirada hacia la víctima que ha caracterizado la evolución del derecho de daños en los últimos tiempos ha llevado a centrar sus esfuerzos en la prevención del daño y, cuando ello no ha sido posible, su resarcimiento. De allí, que hoy la idea primordial es que el daño debe ser evitado, o sea, la función preventiva del daño (art. 1710); y que cuando él se ha sufrido y se dan los presupuestos de la responsabilidad civil, debe ser resarcido, o sea, la función resarcitoria (art. 1716).

Los presupuestos de la resarcibilidad del daño son: a) La antijuridicidad del daño sufrido; b) La existencia de un factor de atribución; c) La relación causal del daño que debe resultar efecto del acto o la situación antijurídica.

Por su parte, el daño importa la lesión a un derecho subjetivo o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737) y la indemnización comprende la disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de las chances y la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud, sus afecciones espirituales, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738).

Desde el ángulo constitucional, el derecho al resarcimiento enraíza en el art. 19 de la C.N., conforme resulta del criterio de la Corte Suprema de la Nación en diversos casos, a partir del leading case “Gunther” [[2]](#footnote-2).

Sin embargo, es sabido que no todo daño resulta indemnizable, pues reviste tal carácter el que -en principio- es antijurídico. Existe los daños justificados, que están excluidos de su reparabilidad, sin que ello viole el principio constitucional a la resarcibilidad. Tal lo que sucede cuando un competidor leal en virtud de conseguir un método de producción o comercialización que le permite reducir los costos, en el ejercicio propio de su derecho a comerciar, provoca una disminución de las ganancias o frustra la expectativa legítima de ganancias de otro comerciante.

1. Los principios y valores del derecho de familia

Los valores y principios del derecho de familia se estructuran sobre los derechos que establece la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales constitucionalizados a través de la norma del art. 75 inc. 22 C.N.

A los fines de hacerlos efectivos, el Código Civil y Comercial de la Nación ha tomado en cuenta algunas líneas directrices, entre las se destacan:

1. La situación central del niño, el adolescente y la mujer, como sujetos vulnerables de la relación familiar, que exige una concepción más democrática de la familia que la que resultaba de las normas del Código Civil [[3]](#footnote-3) y sus ulteriores modificaciones; más democrática significa más igualitaria entre el tratamiento de los cónyuges en sus relaciones entre sí (al eliminar el concepto estereotipado de distribución de roles), y el derecho del niño y adolescentes a ser escuchado, más solidaria y responsable. Todo esto con base en los sentimientos que le dan origen.
2. La pluralidad de formas de familia y la necesidad que todas ellas gocen de la protección garantida por el art. 14bis de la C.N., sean originadas en un acto matrimonial (Título I del Libro Segundo). o en una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten una proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo (Título II del Libro Segundo). No se excluyen de esa protección, las familias monoparentales o las que suceden a fracasos previos.
3. La igualdad y no discriminación en razón del género que debe imperar en el matrimonio, en las uniones convivenciales y en la cesación de ambos.
4. La pacificación de los conflictos que suscita la ruptura de las parejas matrimoniales o convivenciales, que se viabiliza fundamentalmente por la decisión de eliminación del proceso contencioso de divorcio.
5. La conciliación entre derechos indisponibles de las partes y autonomía de la voluntad, a la que se reconoce un amplio margen de disposición; por lo tanto, el abandono de la idea de que todas las normas de derecho de familia son imperativas. [[4]](#footnote-4)

Es el ámbito creado por esta constelación de principios y valores del derecho de daños y del derecho de la familia, en el que deben resolverse los casos en los que se invoquen daños sufridos o causados por uno de los miembros de la familia a otro.

1. Las relaciones entre el derecho de daños y el derecho de familia.

Una serie de criterios se han sostenido sobre la relación entre el derecho de daños y el de familia. Es cierto que constituyen partes de una misma disciplina y que conforman un sectores de un mismo ordenamiento. Pero, algunos autores piensan que se apoyan en principios y en valores que no son idénticos, requieren de un diálogo entre ellas, que lleven a conciliaciones de intereses.

También es cierto que uno y otro son muy evolutivos, dado que los cambios que se producen en la sociedad repercute sobre ellos más fuertemente que en otros sectores normativos –como los derechos reales o de las sucesiones-, y que el derecho de familia despierta una especial sensibilidad por las influencias que ha tenido desde el ámbito religioso. [[5]](#footnote-5)

En el Código Civil y Comercial de la Nación no existe una norma que consagre una causa de justificación para los daños que se sufran en virtud de las relaciones familiares.

A diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de Código de 1998, que preveía que en el ámbito de las relaciones de familia el daño resultaba justificado “si la admisión de una acción reparatoria, puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial” (art. 1589 inc. d) del P.C.C.U. 1998).[[6]](#footnote-6)

Las causas de justificación previstas en el Código vigente son las tradicionales: a) el ejercicio regular de un derecho; b) la legítima defensa propia o de un tercero; y c) el estado de necesidad, que puede dar lugar, no obstante, a una indemnización de equidad. En este último supuesto se contempla una caso daño justificado –lícito- no obstante indemnizable en equidad.

Al no existir una norma similar en el Código vigente, fácil es concluir que la familia no es un ámbito en el que exista ninguna inmunidad [[7]](#footnote-7) establecida o que pueda establecer el juez para el daño causado por un familiar por ser tal. El vínculo familiar no es causa de justificación de los actos lesivos ni impide la consideración del daño como injusto, si no concurre alguna causa de justificación de las establecidas por la ley. Los daños que sufran los integrantes del núcleo familiar son reparables siempre que se reúnan los presupuestos de la responsabilidad, pues la celebración del matrimonio o la integración de una unión convivencial, o estar emplazado en un estado filial o paternal no importa la resignación de ningún derecho para los cónyuges o convivientes.

Tal la regla general: el vínculo familiar no es causa de justificación de los daños jurídicamente resarcibles que se infrinjan los familiares entre sí.

Esa regla enfrenta la concepción que entiende que la especificidad del derecho de familia impide que se apliquen las reglas generales de la responsabilidad civil. Antes bien, ratifica el criterio de que los actos ilícitos que resulten dañosos para el familiar víctima –como lo sería frente al no familiar- son fuente de responsabilidad resarcitoria.

De este modo no se acepta el viejo principio de que la autonomía del régimen de sanciones propias del derecho de familia[[8]](#footnote-8), ni se considera que las pretensiones indemnizatorias entre familiares contrarias a la moral y las buenas costumbres[[9]](#footnote-9).

1. La constitucionalización del derecho civil y la influencia de los Tratados Internacionales.

Es ineludible referirse al tema de la constitucionalización del derecho civil que una de las pautas más trascendentes tenidas en cuenta por el nuevo Código, como lo expresan reiteradamente sus fundamentos y especialmente las normas contenidas en el Título Preliminar.

La Constitución Nacional es el art. 14 bis impone al Estado el deber de proteger en forma integral a la familia, la defensa del bien de familia y la compensación económica familiar.

Pero, además, se ha integrado a los Tratados internacionales de derechos humanos, en los que se reconocen los derechos fundamentales de toda persona; así, el de la protección de la ley a su vida privadas y familiar (art. V D.A.D. y D.H.), a constituir una familia y a recibir la protección de ella (art. VI, D.A.D. y D.H.); por su parte, toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño , tienen derecho a la protección, cuidado y ayudas especiales (art. VII, D.A.D. y D.H.); nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, … (art. 12 D.U.D.H; art. 11.2 C.A.D.H.) y todos los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia.; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (art. 16.1 D.U.D.H.; art. 17.2. C.A.D.H,); sólo mediante libre y pleno consentimiento los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio (art. 16.2. D.U.D.H.; 17.3 C.A.D.H.); la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (art. 16.3. D.U.D.H; art. 17.1 C.A.D.H.); todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (art. 24 C.A.D.H.).

Refuerzan esas garantía los artículos 10 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, 5, 10 inc 8, 12, 14 apart. 2 b., en particular artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

1. Las nuevas realidades y el enfoque normativo de ellas.

Las nuevas normas obedecen a un diagnóstico, parten de ideas o paradigmas analíticos y persiguen finalidades. Puede coincidirse o discreparse con esas ideas, puede pensarse que los paradigmas analíticos debieran ser otros, y puede creerse que la nueva normativa persigue finalidades inalcanzables por contrariar ‘la naturaleza de las cosas’.[[10]](#footnote-10)

A esas ideas no son ajenas las que han inspirado los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Alto Tribunal ha dicho: “Dentro del marco del art. 14 bis de la C.N y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio” [[11]](#footnote-11). El concepto de vida familiar no puede estar reducido al concepto familia tradicional. Pero, aparece normativamente reforzada por la adhesión de la República Argentina a los tratados internacionles de derecho humanos, incorporados a la Constitución Nacional; y luego, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha entendido que es deber de los todos los jueces –nacionales y provinciales- revisar la convencionalidad de las normas nacionales aplicables a los casos sometidos a su jurisdicción.

La Comisión redactora del Anteproyecto ha explicado que la inspiración se encuentra en la realidad observada que muestra una sociedad diversa de la que contempló Vélez y aún de la hace poco más de una década se plasmó en el Proyecto de 1998. Esta es una obviedad, que no puede dejar de compartirse. Las familias no son lo que tradicionalmente entendíamos por ‘familia’. No están necesariamente originadas en un matrimonio heterosexual, no están necesariamente bajo la autoridad de un ‘padre-hombre’ proveedor de todas las necesidades. Hay una sorprendente y enorme formas de núcleos de convivencia, algunas tradicionales y otras distintas, sea porque se han formado con posterioridad a un fracaso matrimonial, o porque son uniones convivenciales no formalizadas en forma matrimonial. Algunas constituidas por personas del mismo sexo, otras conformadas sólo por un adulto y algún o algunos niños o adolescentes. Algunas inspiradas en la idea de realización a través de hijos, otras que no aspirar a la ese modo de realización, o que deciden postergarlo hasta que tengan satisfechas sus ‘necesidades’ o simplemente para ‘disfrutar la vida juvenil’. Aparecen también relaciones que optan por rehuir la convivencia permanente bajo un mismo techo, limitándola a los fines de semana y períodos vacacionales.

A tales decisiones no son ajenos los cambios sociales producidos. Las concentración urbana, la difusión de las comunicaciones, que hacen presentes y cercanas a las diversas culturas, las crecientes ‘necesidades’ que motiva la sociedad de consumo, la incorporación de la mujer al mercado laboral, lo que provoca su ausencia del hogar, con la consiguiente resignación de las tareas que correspondían a la primordial función educativa de la familia, ahora asumida por la escuela institucional –pública o privada-, los social media y mass media.

Las discrepancias se evidencian respecto del planteo acerca de si esas decisiones personales de constituir núcleos convivenciales fuera de la estructura matrimonial tradicional merecen en el amparo del Derecho o si éste debe ignorarlos o desalentarlos. Parece ser que tampoco hay una voluntad estatal de involucrarse en la intimidad familiar para reglar la forma en que los cónyuges o convivientes deciden vivirla. El Estado se limita a establecer los efectos que dispone para la superación de los conflictos que se hayan originado, sin juzgar los antecedentes del conflicto ni la causalidad que lo ha originado.

Sin embargo, tampoco acompaña la pretensión de eludir las responsabilidades que impone la solidaridad entre quienes tomaron la decisión privada de convivir, y luego, se desentienden de la suerte de aquél con quien convivieron, especialmente, si existen hijos.

1. Supuestos a considerar.

La regla general que creemos consagrado en la nueva normativa, en el sentido que el vínculo familiar no es causa de justificación de los daños jurídicamente resarcibles que se infrinjan los familiares entre sí, permite encuadrar en ella varios supuestos fácticos sobre los que no hay coincidencia doctrinal y jurisprudencial en el sentido que ellos quedan sometidos a las reglas generales de la responsabilidad civil.

Entre ellos, y sin perjuicio de las particularidades que exhiben los casos concretos que pueden presentarse, sus particularidades, y las miradas de diferentes que se pueden tenerse desde las diversas concepciones que se estructura sobre el alcance de la responsabilidad, se presentan:

1. Los supuestos de violencia familiar –en sus diversas formas- entre los cónyuges, a los niños y ancianos, regidas por las normas de las leyes 24.417, 26.061 y 26.485 [[12]](#footnote-12), que tienen en cuenta ambas funciones de la responsabilidad civil (la preventiva y resarcitoria).
2. Los daños causados por la falta de reconocimiento de los hijos, prevista especialmente en el art. 587, que remite expresamente a las normas del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación.
3. Los daños causados por la obstaculización de la comunicación entre parientes, y especialmente, respecto a los niños y adolescentes (Sección 2ª del Cap. 2 del Título IV del Libro II, arts. 555, 556 557). [[13]](#footnote-13)

Diversas normas del nuevo Código tratan la cuestión de los daños en el ámbito de las cuestiones de familia.

**a) Norma ligadas a la responsabilidad civil preventiva.**

Ha de pensarse este tema desde los dos aspectos que abarca la responsabilidad civil, o sea, la preventiva y la resarcitoria. En orden a la primera, debe tenerse en cuenta –por ejemplo- el art. 676, o sea, la posibilidad de que el cónyuge afín, se vea obligado a afrontar una cuota asistencial de carácter transitoria, para evitar un grave daño al niño o adolescente hijo del otro cónyuge, cuya duración definirá el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia, aún después de la ruptura de la convivencia o la disolución del vínculo conyugal. Los antecedentes de esta norma se encuentran en el Código derogado en el art. 368 [[14]](#footnote-14) y en el art. 616 del Proyecto de reforma de 1998 [[15]](#footnote-15), limitado a los parientes por afinidad.

La disposición legal del art. 676 responde a la directiva que emana del art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas apropiadas para el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño”. Se funda en el principio de solidaridad familiar.

Corresponde destacar que esta norma es concordante con el art. 1710 y 1713 que prevén el deber de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, en cuanto de ella dependa. Si bien no se trata de una norma que disponga una obligación indemnizatoria, tiene por presupuesto la necesidad de evitar el daño al niño o adolescente, o sea, la prevención de los daños.

En la jurisprudencia se había decidido –con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación- acordar alimentos a la hija biológica de la actora a cargo de quien había convivido durante siete años con ella recibiendo de éste trato filial, y que habían tenido otra hija en común [[16]](#footnote-16).

En relación a esta función preventiva de la responsabilidad civil, se ha sostenido que su reconocimiento estaría modificando la tolerancia que han mostrado algunos tribunales respecto a la consideración de la conducta de la madre que no ha impulsado la acción reclamando el reconocimiento del padre. Tal criterio, se ha inspirado en la inteligencia de que la conducta de la madre encontraría justificación en el resguardo del interés de su intimidad. En cambio, en el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación se sostiene que ambos padres están obligados evitar que el hijo carezca de su otro progenitor, lo que le impondría a quien lo ha reconocido el ejercicio de la acción de reconocimiento en su carácter de representante legal del menor. [[17]](#footnote-17)

Ninguna duda cabe respecto de la procedencia del daño extrapatrimonial sufrido por el menor, pero en relación a los daños materiales y aun en el supuesto que el niño tuviera cubiertas sus necesidades básicas elementales, el daño material estaría constituido por la pérdida de la chance de llevar una vida más holgada desde el punto de vista material. [[18]](#footnote-18)

Otro aspecto ligado a la idea de la prevención de los daños es la eliminación de la litigiosidad para la obtención del divorcio. Se ha partido de la convicción de que la litigiosidad en esta materia es por un lado una intromisión estatal violatoria del derecho a la intimidad familiar y personal de los cónyuges, y por otro, una fuente de posibles daños que es conveniente evitar. El carácter dañoso del divorcio contencioso ha sido destacado por la doctrina [[19]](#footnote-19). En tal sentido, rezan los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto: “*La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso ... La eliminación de las causales subjetivas constituye una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible*”.

Seguramente existen muchas otra normas en la materia que se ligan a ese efecto preventivo de la responsabilidad civil, por lo que las mencionadas son simplemente ejemplos de las muchas que responden a esta nueva función de la responsabilidad civil.

**b) Normas ligadas a la responsabilidad resarcitoria.**

b.1. *Esponsales*. En orden a las normas propias de la responsabilidad resarcitoria, en primer lugar, cabe destacar una norma que excluye el deber de responder, que es el art. 401. Después de declarar que “*Este Código no reconoce los esponsales de futuro*”, dispone “*No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera*”.

La disposición vigente vuelve al criterio originario que consagró el Código de Vélez en su versión inicial. En efecto, el art. 166 disponía: “*La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnizaciones de perjuicio que ellos hubiesen causado*”. La ley 2393 -del año 1888- en su artículo 8 recogía el mismo texto.[[20]](#footnote-20)

Llerena explicaba que Vélez tuvo ante sí la disposición del art. 99 del Código de Chile que establece que si en los esponsales se hubiese estipulado una multa –cláusula penal-, pagada no podrá pedirse su devolución por no haberse celebrado el matrimonio. Nuestro codificador prefirió suprimir en su Código dicha norma pues el solo hecho de prohibir la repetición implicaba un atentado contra la libertad en el consentimiento matrimonial, dado que la amenaza de la pérdida de la multa restaba la necesidad de la prístina libertad que requería el acto trascendente del matrimonio; entendió, además, que la estipulación de la pena era nula, puesto que no existiendo la obligación principal –por no admitirse el reclamo de la celebración del matrimonio-, la accesoria no podía tener validez. [[21]](#footnote-21)

No obstante, otro sector doctrinal sostuvo que los daños y perjuicios causados por la ruptura de la promesa, podían ser indemnizados por vía de la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo, Busso –recordando la jurisprudencia francesa- sostuvo que a pesar de que la promesa de matrimonio era “una nada jurídica”, ello no implicaba negar que detrás de ella se parapetase una maniobra dolosa especialmente cuando se persiguiese la seducción de la novia, en cuyo caso la ruptura se perfila como un acto ilícito, y que cuando pudiese atribuir culpa o dolo la indemnización procedería. [[22]](#footnote-22)

Un criterio similar, aunque algo más restrictivo en cuanto lo limitaba al proceder doloso, inspiró el Anteproyecto de 1954, que dispuso en el art. 441 “*No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa matrimonial, pero el incumplimiento doloso conforme a las circunstancias del caso que apreciarán prudentemente los jueces, dará lugar a la reparación del daño moral y material sufrido por el novio y novia inocente. Se reputa, hasta prueba en contrario, que concurren a calificar el injustificado rompimiento de la promesa matrimonial, la duración excesiva del noviazgo, la pública intimidad de los prometidos o la proximidad del casamiento*”.

En 1980, la doctrina seguía dividida acerca de esta cuestión, y así, en las Primeras Jornadas Australes de Derecho Civil, los Dres. Borda, Mendez Costa, Molinario y Kemelmajer de Carlucci, se inclinaron por mantener el art. 8 de la Ley 2393, en tanto que Belluscio, Zannoni y Mosset Iturraspe recomendaron *de lege ferenda* que se receptase la responsabilidad por la ruptura abrupta o intempestiva de la promesa de matrimonio”.

La ley 23.515 eliminó la parte de la norma del art. 8 de la L.M.C. que vedaba la acción de daños y perjuicios [[23]](#footnote-23). La eliminación permitía que la jurisprudencia se orientase en la línea marcada por los Código civiles de Venezuela de 1982, del Perú de 1984 [[24]](#footnote-24) y de Paraguay de 1985, que reconocen la procedencia de la responsabilidad causados por la ruptura culpable.

La doctrina argentina continuó dividida; Borda consideró que la admisión de demandas indemnizatorias implicaban reconocerle un efecto jurídico a los esponsales, y que al hacerlo se viola la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 16 inc. 2) [[25]](#footnote-25), apoyó la solución restrictiva fundado en la necesidad de garantizar la voluntad libérrima de contraer el matrimonio, no debe someterse ni siquiera a la presión sicológica que significa la posibilidad de afrontar un reclamo de daños y perjuicios; En cambio, la mayor parte de la doctrina nacional, se mostró partidaria del silencio legal que posibilitaba la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia no registra un número de casos relevante, pero exhibe un criterio restrictivo en los planteados. En efecto, la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, con fecha 14 de mayo de 2013, resolvió el caso “L., P. A. c. H., H. s/ daños y perjuicios” en el cual una mujer reclamaba el daño extrapatrimonial y patrimonial sufrido a raíz del incumplimiento intempestivo de la insincera promesa de matrimonio. Invocó que su novio la engañó induciéndola a tomar deudas a su cargo que se destinaron a terminar una construcción sobre un inmueble que constituiría el hogar familiar. La sentencia hizo lugar parcialmente a la pretensión reconociéndole un derecho a recuperar la suma de once mil pesos que la actora habría invertido en la construcción o reparación de un inmueble que constituiría el hogar conyugal, y rechazando el pretendido daño moral.

Otro caso que llegó a los tribunales fue el resuelto por el Juzgado de 1ª. Instancia Civil y Comercial de Córdoba, caratulado “N., L.B. c/G., G.N.” [[26]](#footnote-26); en este caso, la actora sólo reclamaba un daño extrapatrimonial por una suma de doce mil pesos. El tribunal destacó que se había “demostrado la existencia de un noviazgo más o menos prologando; la fijación de fecha para contraer matrimonio; la realización de varios actos encaminados a tal fin, verbigracia la compra de artículos para el ajuar conyugal; confección y reparto de las tarjetas del casamiento como también la asistencia por parte de actora y demandado a los cursillos prematrimoniales, finalizados éstos el día 10 de diciembre. Recuérdese que el Registro Civil había fijado como fecha el 22 de diciembre de 1993. Aproximadamente, el día 12 de ese mes el accionado comunica a la demandante su deseo de no contraer matrimonio”, por ello entendió que “el obrar negligente del accionado radica en que mantuvo la promesa hasta una fecha próxima a la fijada, para recién comunicar que no podía cumplir con aquélla o sin estar dispuesto a hacerlo, cuando pudo verosímilmente evitar que se produjera este perjuicio, obviando por ejemplo la confección y reparto de invitaciones a la asistencia a los cursillos prematrimoniales”. El fallo fue anotado favorablemente por Graciela Medina, quien sostuvo que “no obra de buena fe quien durante meses oculta a su novia sus dudas e inseguridades con respecto al matrimonio, no le hace saber su infelicidad con el noviazgo, le genera otras convicciones a ella y a la sociedad mediante la fijación de fecha de casamiento y su publicidad, no le dice que está agobiado, calla que se siente mal, asume múltiples compromisos y no hace saber que no tiene voluntad firme de cumplirlos” [[27]](#footnote-27).

Un tercer pleito sobre el tema fue el ventilado ante la Primera Cámara de Apelaciones de San Juan [[28]](#footnote-28); en el caso, los tres ministros del Tribunal coincidieron en revocar la sentencia de la primera instancia que había concedido una indemnización de quince mil pesos a la actora, una mujer de cuarenta y seis años que había estado de novia por el lapso de quince años con el demandado. El Dr. Petrignani entendió “El arrepentimiento de la promesa matrimonial no implica per se una conducta ilícita (art. 1066, Cód. Civil) porque ése es un derecho legal personalísimo de los comprometidos en matrimonio, en tanto la propia ley 23.515 "destituye de valor vinculante a la promesa de matrimonio en cuanto pudiere obligar a su cumplimiento, esto es a su celebración"”; sin embargo, no descarta la posibilidad de la acción de daños y perjuicios cuando se acredite el dolo o la culpa de quien haya incurrido en ellos por las reglas generales de la responsabilidad civil. La posibilidad fue igualmente admitida por el Dr. Olivares, quien entendió que la ley vigente no obsta a la procedencia de la indemnización cuando se acredite la intempestividad de la ruptura calificada por el dolo o la culpa, pero que esas características no se reunían en el caso, dado que la accionante no había logrado demostrar la concurrencia de alguno de los factores de atribución que hubieran movilizado la responsabilidad del demandado. Por su parte, el Dr. Billordo atribuyó trascendencia a la inexistencia de fecha determinada para el matrimonio.

La escasa doctrina que ha desarrollado respecto de la norma del Código Civil y Comercial de la Nación evidencia algunas diferencias en cuanto a la interpretación de la norma:

1. Una parte de la doctrina sostiene que si bien la ruptura de la promesa de matrimonio, por sí misma, no es fuente de resarcimiento, ello no descarta que pueda ser resarcibles los daños injustos que se hubieran ocasionado a la persona en infracción a los arts. 1716 y 1717 C.C.C.N. Desde este ángulo se entiende que los principios de libertad e igualdad no obstan al amparo de la situación de desigualdad en que queda la víctima, frustrada en su legítima expectativa de matrimonio. [[29]](#footnote-29)
2. Otra posición se atiene al texto literal de la norma del art. 401, y entiende que se ha puesto fin a la discrepancia doctrinal respecto de la admisibilidad de acción indemnizatoria en casos de rupturas, resultando únicamente aplicables los principios del enriquecimiento sin causa y de restitución de las donaciones. [[30]](#footnote-30) No obstante, cabe destacar que la exclusión de la acción de daños está circunscripta a los resulten de la ruptura del compromiso matrimonial, pero comprende los que se hayan causado los novios que no tengan su origen en la ruptura, sino en otras conductas que violan el derecho de no dañar a los demás en virtud de los principios generales de la responsabilidad civil. Tal, por ejemplo, la novedosa conducta violatoria del derecho a la intimidad constituida por la publicación de fotos o videos con contenido íntimo que se publica a través de medios electrónicos o de otra forma publicitaria. [[31]](#footnote-31)

b.2. *Nulidad de matrimonio*. La segunda norma que encontramos es el art. 429 C.C.C.N., que establece para el supuesto que uno de los cónyuges haya tenido buena fe al contraer un matrimonio que resulte anulado el derecho de éste a “*demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia*” (inc. c). La solución responde a la tradición argentina; arts. 234 del Código Civil de Vélez, 91 y 109 de la Ley 2393 y 225 del Código modificado por la Ley 23.515. [[32]](#footnote-32)

b.2.1. Legitimación activa: El único legitimado para reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la nulidad de matrimonio son el que fuera cónyuge de buena fe. El cónyuge de buena fe es aquel que celebrado el matrimonio en la ignorancia o el error de hecho excusable y contemporáneo a la celebración del matrimonio o la circunstancia que causa la nulidad, o que lo ha contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero, conforme lo establece el art. 427.

b.2.2. Legitimación pasiva: Los legitimados pasivos con el cónyuge de mala fe y los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo o ejercido violencia.

b.2.3. Extensión de la reparación. No existe norma especial con respecto a la extensión de la reparación a cargo del responsable de los daños y perjuicios causados por la nulidad de matrimonio, por lo que se rige por los arts. 1740 y 1741. De tal modo, se indemnizan integralmente todos los daños materiales y extrapatrimoniales sufridos por el cónyuge de buena fe.

b.2.4. Prescripción de la acción indemnizatoria. No existe un plazo de prescripción específico para esta acción indemnizatoria, por lo que –en principio- se aplica la norma del art. 2561 segundo párrafo, que fija para la reclamación de los daños derivados de la responsabilidad civil el plazo de tres años. Decimos, en principio, pues el Código prevé dos excepciones: a. las agresiones sexuales infringidas a personas incapaces y b. los derivados de delitos de lesa humanidad.

Por ello, no puede descartarse -por vía de hipótesis- que el plazo se extienda a diez años cuando el cónyuge de buena fe sea un menor de edad o una persona incapaz, si el matrimonio ha sido empleado como un medio para concretar un abuso sexual de un menor o una persona que en forma permanente o transitoria sufre una enfermedad mental que le impide el discernimiento para el acto matrimonial. En esa hipótesis el plazo de prescripción caería en la primera excepción prevista y se extendería a los diez años a partir de la mayoría de edad de la víctima.

b.2.5. Compensación económica. Sin perjuicio de remitirnos al capítulo VIII, en el que trataremos de arrimarnos a su naturaleza jurídica, cabe destacar que en este caso la compensación económica prevista en los arts. 428 y 429 inc. a), sólo corresponde al cónyuge de buena o cuando ambos ostentan buena fe, a los términos del art. 427, o sea, a quien o quienes lo hayan celebrado en la ignorancia o error de hecho excusables sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero.

b.3. *Falta de reconocimiento de hijo*. El art. 587 C.C.C.N. establece que “*El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código*”.

Esta cuestión muestra un mayor acuerdo doctrinal que otros temas relacionados con la relación derecho de daños-relaciones de familia. En efecto, desde la década del 80 del siglo pasado [[33]](#footnote-33) en que comenzó a decidirse la procedencia de la indemnización los daños causados a los menores por la falta de reconocimiento voluntario de su filiación, no se han planteado mayores discrepancias doctrinales ni jurisprudenciales. Se coincide en que el derecho de identidad del nacido impone a los progenitores el deber de su reconocimiento y que la responsabilidad se apoya en el factor subjetivo. [[34]](#footnote-34)

El derecho a la identidad del niño encuentra sustento en los derechos implícitos del art, 33 de la Constitución Nacional, el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño [[35]](#footnote-35) y los arts. 17, inc. 4 y 5, 19 y 32, inc. 1) la Convención Americana de los Derechos Humanos [[36]](#footnote-36). La influencia de tales normas, ha llevado a aventar la vieja concepción de que el reconocimiento constituía un acto potestativo de los padres, que inspiraba los antiguos criterios con respecto a ese acto, olvidando el derecho inescindible unido a él que titulariza el niño.

No obstante, quedan aún varios problemas que se prestarán al debate. Así, la configuración en sí misma del ilícito que puede darse por la negativa injustificada al reconocimiento o simplemente por la falta de reconocimiento voluntario, la legitimación de la madre por su derecho al reconocimiento de su hijo, etc. [[37]](#footnote-37)

En los últimos tiempos, y en estrecha relación con el tema, se destaca la correlación con el derecho a la verdadera identidad, que no descarta la prevalencia de la verdad biológica, hoy detectable a través de los métodos científicos que permiten establecerla por los sobre las limitaciones fundadas en un supuesto interés de no alterar la paz familiar con tales investigaciones, lo que lleva a la posibilidad de ejercer acción de nulidad por el propio reconociente, sea que haya sido ‘complaciente’ o ‘engañado’. [[38]](#footnote-38)

Ha de advertirse que también en orden a este supuesto el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido que deben reunirse los presupuestos de la responsabilidad civil, o sea, que debe haber un daño resarcible, un factor de atribución y una relación causal adecuada entre el daño y la conducta omisiva del progenitor. De modo tal, que no será la sola circunstancia de la existencia de un emplazamiento falso lo que determina la responsabilidad del omitente sino la reunión de todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad lo que permite un amplio margen de juzgamiento de la responsabilidad cuando se trate de un emplazamiento ‘complaciente’, que muchas veces impedirá juzgar la existencia de daño, especialmente cuando el menor haya sido informado de sus orígenes, con independencia de su emplazamiento formal en estado de familia.

b.4. *Daños sufridos a consecuencia del divorcio o por las causales de divorcio*. Puede preverse que esta problemática es la suscitará el mayor de los debates, especialmente si no se tiene en cuenta el contexto general al que hicimos referencia inicialmente. Omitiré los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales al respecto, ya que existe suficiente bibliografía al respecto, a la que cabe remitir [[39]](#footnote-39).

La comprensión de ella requiere ineludiblemente partir del nuevo diseño legislativo del matrimonio que es distinto al que lo ha precedido. No es un matrimonio indisoluble, como lo fue con la ley 2393. No es un matrimonio, admite la separación por mutuo acuerdo (como lo fue a partir de la ley 17.711, con el art. 67 bis, aunque sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio); no es un matrimonio disoluble por causales objetivas, subjetivas y por mutuo acuerdo (como lo fue a partir de la ley 23.515). No es un matrimonio necesariamente heterosexual (art. 402 [[40]](#footnote-40)).

El nuevo matrimonio de la Ley 26.694 es un matrimonio cuya subsistencia los cónyuges deciden cada día, aunque esa voluntad está presumida hasta la manifestación en contrario. Se lee en los fundamentos del Anteproyecto: “*el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos, o de ambos, desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado*”.

De allí, que la petición de disolución del matrimonio pueda ser unilateral o bilateral; es suficiente que uno de los cónyuges decida ponerle fin, para que la jurisdicción tenga por concluido el matrimonio. Es un matrimonio al que sólo se impone el deber jurídico de asistencia y, en este sentido, crea un vínculo análogo al de parentesco que se prolonga aún después de disuelto y se traduce en un deber de pasar alimentos en caso de necesidad. Ningún otro.

El Derecho se abstiene de regir normativamente la relación interna matrimonial, basado en la convicción de que la regulación invadiría una zona de reserva propia de la intimidad familiar y que se trata de un intento siempre fallido la investigación de cuál de los cónyuges es el ‘culpable’ del fracaso del proyecto de vida común

. La ley reconoce el derecho fundamental de las personas a contraer matrimonio, la libertad de hacerlo o no. El Estado no regla con normas indisponibles las relaciones entre los cónyuges, y sólo se ocupa de los efectos que suscita la disolución del matrimonio –declarada judicialmente (art. 435 inc. c)- que hubiera decidido alguno de los cónyuges.

Tengo para mi que se trata de una concepción que se entiende impuesta por la intimidad familiar, que garantizan los tratados internacionales que hemos reseñado, y por la convicción de que el matrimonio se basa exclusivamente en el sentimiento de amor o afecto entre los cónyuges –que la ley juridiza como una expresión de ‘solidaridad familiar’ [[41]](#footnote-41). La ley entiende que es incompetente en orden a la imposición de otros deberes familiares que no sea el de asistencia; que carece de imperio para sancionar su pérdida, ocupándose exclusivamente de los efectos de la extinción de la voluntad de continuara el proyecto común que encararan los integrantes de la pareja.

Los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto son muy reveladores, en cuanto se parte del reconocimiento del “*alto valor axiológico del compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas*”. Hay que advertir la evidente coincidencia en la utilización de estos últimos términos, que son los mismos que se usan al referirse la razón de la exclusión de la responsabilidad por daños que derivarían de la promesa de esponsales, en garantía de la libertad absoluta para el otorgamiento del acto matrimonial. Así como se excluye la responsabilidad de aquellos se excluye la que derivaría del sólo incumplimiento de los deberes morales emanados del matrimonio, dado que sería otorgarle un efecto jurídico al incumplimiento de ellos, que se deja exclusivamente en el ámbito de la libertad, sin presión jurídica.

Se respeta la libertad de cada persona a realizar su proyecto de vida, y cambiarlo cuando llega al convencimiento de que el proyecto encarado ha fracasado [[42]](#footnote-42), sin que se entienda trascendente quién puso la causa del fracaso [[43]](#footnote-43). Se trata de cuestiones vitales que hacen a la vida de las personas que la ley entiende que escapan a su ámbito, por estar en la esfera privada de los cónyuges o convivientes.

En consonancia con ese respecto por la libertad personal, la autonomía de la voluntad y el derecho de igualdad de los cónyuges, se admiten las convenciones matrimoniales (art. 446) –aunque en forma limitada- y pactos de convivencia (art. 513), se otorga la posibilidad de optar por distintos regímenes matrimoniales de bienes (art. 463 y 420 inc. j), y la necesidad ineludible de una propuesta de convenio regulador de los efectos para el caso de disolución (art. 438).

La ley ha priorizado la idea de pacificación de la disolución del vínculo matrimonial y la ruptura de la convivencia. Persigue la finalidad de prevenir (evitar o no agravar) los daños de una ruptura la disolución matrimonial que sume al fracaso, los efectos de la venganza que multiplica y repotencia los sufrimientos que derivan del primero. Se trata de negar la vía judicial a la venganza. [[44]](#footnote-44)

Como hemos señalado al interpretar la regla en esta materia, las nuevas normas no consagran un principio de inmunidad familiar, o sea, la exclusión de la responsabilidad por los daños que se causen o sufren en el seno de la familia. Lo que –ahora- se excluye es la responsabilidad fundada en el carácter de cónyuge frustrado [[45]](#footnote-45).

La ley no prescribe un deber de continuidad de la comunidad matrimonial, sino que se reconoce que el matrimonio se funda exclusivamente en el amor o afecto que se dispensen los cónyuges, que es inexigible y que depende absolutamente de ellos mismos [[46]](#footnote-46). Desde una cierta perspectiva, hasta podría sostenerse la ley no alimenta la expectativa de continuidad. Ello no significa que no la considere valiosa, sino que simplemente ‘se rinde’ frente a la realidad de que ella sólo depende de la voluntad de ambos cónyuges de continuar poniéndole empeño al proyecto. Si ella ha desaparecido en alguno de ellos entiende que no puede operar como lo hace en el ámbito patrimonial, procediendo a la ejecución forzada de las obligaciones. El respeto por la dignidad de los cónyuges lleva al Derecho a considerar que no puede exigir la conducta heroica de esa continuidad a la que aspira la sociedad en su conjunto, ni reprochar no haberse empeñado en ella. La dignidad se considera, entonces, un valor fundamental, de origen constitucional, que debe ser respetado (art. 51)

El principio de la especificidad del derecho de familia (excluyente de la responsabilidad civil) se admite, en cambio, en materia de derecho matrimonial en lo que hace al vínculo entre los cónyuges. En efecto, los fundamentos del Anteproyecto dicen: “*Los que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tiene su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del Derecho de Daños*”.

Se trata del resultado de una elección de un interés tutelado y otro sacrificado que ha hecho el Legislador. Como toda elección puede o no ser compartida *de lege ferenda*. Se ha elegido sacrificar –desjuridizar- el interés en la continuidad de la relación frente al interés –protegido- de la lícita elección de terminar el proyecto común o cambiarlo, que emana del respeto por la libertad buscar el ‘mejor’ modo de realización personal que la relación ya no permite, a juicio de cualquiera de sus miembros [[47]](#footnote-47). No va más allá: no llega al juzgamiento de las causas, dado que se entiende que ellas están en la esfera exclusivamente privada de los cónyuges, a las que el Derecho no puede ingresar, en virtud de la intimidad familiar.

Esa decisión repercute obviamente en el derecho de daños, ya que al perder tutela jurídica el interés sacrificado, se ha desjuridizado el ‘daño’ que sólo queda sujeto al reproche moral, pero al que el Derecho se abstiene de ingresar, en tanto ese daño no se traduzca en una lesión a la persona como tal. No ya como ‘cónyuge’, sino en el sustrato personal de ese carácter.

No obstante esa transformación, un sector doctrinal sostiene que el hecho de que el deber de fidelidad haya desaparecido en su carácter de deber jurídico, no impide considerar que infringido por uno de los cónyuges pueda considerarse que exista un daño reparable pues éste puede configurarse por la lesión a un interés no reprobado por la ley, conforme el art. 1737. Así, se sostiene que la antijuridicidad de la conducta es deducible de la infracción al deber de buena fe. El mismo orden de ideas, se sostiene que la antijuridicidad en caso de infracción al deber de fidelidad no está ausente, ya que ella se constituye no sólo por los deberes jurídicos, sino también por la infracción a los deberes éticos, como el principio de buena fe [[48]](#footnote-48). Esta tesis entiende que no existen motivos para interpretar que algo haya cambiado en materia de daños y perjuicios en materia de divorcio.

Nos parece que lo que ha cambiado es que el nuevo régimen al perseguir como una de sus finalidades principales la eliminación de la litigiosidad en orden a la disolución de la relación matrimonial, permitiría meter por la ventana –la acción de daños y perjuicios- lo que no se permite que entre la puerta –la acción de divorcio- [[49]](#footnote-49). La convicción de que la judicialización del conflicto matrimonial es en sí misma dañosa para los cónyuges y los hijos –si existieran-, ha llevado al Legislador a evitar ese daño en la medida de lo posible. Para el Legislador ‘la medida posible’, ‘en cuanto de él depende’, es vedar que se discutan las causas del fracaso matrimonial.

En virtud de ello, nos permitimos concluir que no existe una inmunidad –análoga a la *interspousal immunty*- ni siquiera en materia matrimonial, pues todos los hechos ilícitos que hayan provocado un daño resarcible al cónyuge, resultan indemnizables en tanto no impliquen la sola invocación del incumplimiento de los deberes conyugales [[50]](#footnote-50), que sólo son morales y, como tales, sólo pasibles del reproche de carácter moral, no fuente de responsabilidad jurídica, en virtud de la elección del interés sacrificado para ambos cónyuges –en posición igualitaria- por decisión del Legislador.

1. La compensación económica (arts. 441 y 524) ¿Es o no un tema de la Comisión que se ocupa de los daños en las relaciones de familia?

Las respuestas posibles pueden estar ligada a la naturaleza jurídica de las llamadas compensaciones económicas, cuestión que ha dividido a la doctrina en todos los países que ellas han sido admitidas. [[51]](#footnote-51) La fuente de nuestra norma vigente se encuentra en las contenidas en el derecho español [[52]](#footnote-52).

En diversos países y momentos, y teniendo en cuenta que cada legislación las adopta con particularidades diversas, se ha sostenido:

1. Que tienen un carácter asistencial, cercana o sustitutiva de los alimentos perdidos por el miembro de la pareja disuelta. [[53]](#footnote-53)
2. Que se vinculan a la responsabilidad civil, a veces con algún tinte subjetivo, otras más cercana a la responsabilidad objetiva [[54]](#footnote-54). Aunque la mayor parte de la doctrina le niega el carácter indemnizatorio [[55]](#footnote-55).
3. Que emanan de la solidaridad familiar [[56]](#footnote-56) o la equidad [[57]](#footnote-57). Aunque puedan ser fundamentos no nos dice de su naturaleza jurídica.
4. Que se vinculan al enriquecimiento sin causa. [[58]](#footnote-58) Este es lo que parece resultar de los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto al señalar que: “… *recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas*”
5. Que su naturaleza jurídica es *sui generis*. [[59]](#footnote-59) Esta conclusión no nos ayuda a nuestro fin, aunque la desvincula de todos los institutos a los que podría asimilárselos: el asistencial, la responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa.

El esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la ‘compensación económica’ en nuestro derecho debe establecerse sobre la base del análisis de las pautas para su procedencia y la determinación de su cuantía, que son las previstas en los arts. 442 [[60]](#footnote-60) y 525 [[61]](#footnote-61). En ellas se advierte que la procedencia de la compensación no se subordina a la existencia de ningún factor de atribución. Lo único que la presupuesta es la existencia un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y producido por el vínculo matrimonial y su ruptura (art. 441) o por la convivencia y su ruptura (art. 525). Puede beneficiar al que ha decidido la ruptura o aunque ella haya sucedido por decisión de ambos. Es ajena a toda idea de culpa, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones [[62]](#footnote-62).

El hecho de que ‘la compensación económica’ se destine a compensar un perjuicio no determina que se la trate como una indemnización nacida de la responsabilidad civil por daños, pues la existencia de un perjuicio para una parte y un beneficio para otra constituye el presupuesto fáctico del enriquecimiento sin causa, que está previsto en el Código Civil y Comercial como una fuente autónoma de la responsabilidad civil, en el Libro III Título V capítulo 4. No obstante, en el caso de la ‘compensación económica’ de orden familiar no existe el límite de la acción *in rem verso*, que obliga a computar como máximo el enriquecimiento o el empobrecimiento, estando por el de menor cuantía. Se trata de un instituto que tiene la mirada puesta en el futuro, en cuanto tiende a reequilibrar a los miembros de la pareja, con el fin de ponerlos en condiciones de proyectarse económicamente.

1. A modo de conclusión

La amplitud temática, el interés que despiertan las relaciones entre el derecho de famlia y el de daños, el desafío en la interpretación de las nuevas normas y la pasión de los asistentes -que nunca falta, en este ámbito- hacen prever un debate profundo y enriquecedor. Por ello, hacemos votos.

1. Meil, Gerardo-Ayuso, Luis “Sociología de la familia” en <https://www.uam.es/personal_pdi/economicas/gmeil/.../slgiafamilia.pdf>; Gazmuri Núñez, Patricia “Familia–Sociedad desde una perspectiva transdisciplinar”, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, La Habana, Cuba. Ponencia presentada en: I Congreso Multidisciplinario de Ciencias Sociales celebrado en Mérida, http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/gaz.pdf. [↑](#footnote-ref-1)
2. C.S.J.N., agosto 5-1986, “Gunther, Fernando R. c/Estado Nacional” Fallos 308:1118, sostuvo el tribunal: “sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (considerando 14 in fine) [↑](#footnote-ref-2)
3. El proceso de democratización de la familia es destacado igualmente en otras latitudes. Véase Lucchini Guastalla, Emanuele “El daño intra-familiar en la perspectiva europea” RCyS 2011-IX p. 3 y LLOnline: AR/DOC/2703/2011, cap. I. [↑](#footnote-ref-3)
4. Medina, Graciela “Claves del derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, R.D.P. y C. (Rubinzal y Culzoni) t. 2015-Número extraordinario, p. 323, nº 4.a). [↑](#footnote-ref-4)
5. Por ello hoy se habla de un proceso de secularización de las disposiciones relativa a dicho ámbito. [↑](#footnote-ref-5)
6. En virtud de dicha norma, se dejaba al Juez la decisión de ponderar si la acción que intentara un familiar contra otro aunque probara la lesión que había sufrido, ponía o en peligro la persistencia o la estabilidad de la institución familiar, la solidaridad entre los miembros de la familia o, en su caso, la piedad filial, y si así lo entendía poder rechazar la pretensión indemnizatoria. La norma entonces proyectada como causa de justificación que el juez puede establecer ha sido juzgada inconstitucional por la Dra. Matilde Zavala de González a la luz del art. 19 de la Constitución Nacional que impone reparar los daños injustos causados, pues resultaría irrazonable que se reconozca la existencia de un daño derivado de la conducta ilegítima del dañador, y en miras a la invocación de una conjetura de afectación a principios abstractos, se decrete su irreparabilidad. (aut.cit., “Daños entre familiares” L.L. to. 2015-A p. 562 y LLOnline AR/DOC/4660/2014, cap. II) [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre la inmunidad que existió en el derecho anglosajón: SOSA, Guillermina Leontina “Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios” LL Actualidad del día 06/12/2011, p. 1; Rodríguez Guitián, Alma M. “Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales”, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, cap. I. [↑](#footnote-ref-7)
8. Díaz de Guijarro, Enrique “Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio”, J.A. t.1983-III p. 525;, y voto de la minoría integrada por los Dres. Escuti Pizarro, López Aramburu, De Mundo, Achaval, Kiper, Estevez Braza, Moreno Huego y Gargano, en plenario de la C.Nac.Civ., 20/9/1994 “G.G.G. v. B de G., S.M.” J.A. t. 1994-IV p. 549; En el voto de los Dres. Lauces y Molteni se invocó ese mismo fundamento, pero se admitió que en determinados supuestos podía existir una potencialidad dañosa de las conductas hiera seriamente al familiar, por lo que entrarían el campo de la responsabilidad aquiliana, siguiendo un criterio que ha desarrollado Santos Cifuentes. Si bien es cierto que se refería a un caso puntual –el de los daños extrapatrimoniales en caso de divorcio- los razonamientos de los múltiples criterios expuestos mostraba la dificultad de la relación entre el derecho de daños y las relaciones familiares. [↑](#footnote-ref-8)
9. Borda, Guillermo A. actualizado por Guillermo J. Borda “Tratado de derecho civil. Familia”, Bs.As., La Ley, 2008, 10ª Ed., t. I pág. 529, nº 604. [↑](#footnote-ref-9)
10. En esa línea se inscribe Moisá, Benjamín “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código” L.L. t. 2015-A p. 471 y LLOnline AR/DOC/378/2015, en nota al fallo C.Nac.Civ., sala G, 6/10/2014 “L., G. M. c. B., D. H. s/ divorcio”. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJN, 8/3/1990, “Missart Miguel A.” JA 1990-II-379, recordando un artículo de Bidart Campos, Germán J. “Asignación prenatal y embarazo extramatrimonial” publicado en E.D. diario del 16/8/1989. [↑](#footnote-ref-11)
12. En orden a la prevención, arts. 14 inc. f), 16 inc. e), 18, En orden al resarcimiento –art. 35- dispone: “La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia” [↑](#footnote-ref-12)
13. Medina, Graciela “Daños en el derecho de familia en Código Civil y Comercial” RCyS t. 2015-IV p. 287 y LLOnline AR/DOC/774/2015, especialmente cap. VII; Mizrahi, Mauricio Luis “Régimen de comunicación del niño con parientes y allegados” RCCyC 2015 (julio) p. 99 y LLOnline AR/DOC/1978/2015. Sobre la jurisprudencia italiana en la materia: Lucchini Guastalla, Emanuele “El daño intra-familiar en la perspectiva europea” RCyS 2011-IX p. 3 y LLOnline: AR/DOC/2703/2011, cap. II. [↑](#footnote-ref-13)
14. En el Código originario se disponía: “Entre los parientes legítimos por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera”. La Ley 23.264 modificó esa norma y dispuso en su lugar: “Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que estén vinculados en primer grado”, comprendiendo a los hijos del cónyuge, sin distinguir si eran matrimoniales o extramatrimoniales. (Bossert, Gustavo A.-Zannoni, Eduardo A. en Belluscio, A.C. (Dir.)-Zannoni, E.A. (Coord.) “Código civil y leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1986, t. 6 p. 860, nº 4 de la glosa al art. 367, 368 y 373 de la ley 23.240; Fanzolato, Eduardo I., en Ferrer, F.-Medina, G.-Méndez Costa, M.J. “Código civil anotado. Derecho de familia”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, t. II p. 310). [↑](#footnote-ref-14)
15. Disponía la norma proyectada “Respecto de los hijos del otro cónyuge, para que exista obligación alimentaria se requiere que exista o haya existido convivencia o trato paterno-filial entre el alimentante y alimentado”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Francisco, 13-dic-2012, MJ-JU-M-76432-AR. En dicho fallo, se destaca que “La identidad de la niña no se circunscribe a la realidad biológica , sino que tiene una proyección psicosociológica, esto es la influencia de los aspectos psicológicos sobre la problemática social; así, un niño que vive en una familia se inserta sistemáticamente en esa célula social y naturalmente genera lazos afectivos y respuesta consecuentes de los integrantes de dicho grupo, o sea se incorpora en el afecto real o presumible…. La identidad dinámica de la niña con relación al demandado se encuentra tutelada por el art. 75 inc. 22 CN., que al incorporar la Declaración Internacional de los Derechos del Niño obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el favor minoris, el cuál exige que el derecho a la identidad de los niños sea entendido en un sentido amplio, que comprenda tanto la faz estática como dinámica”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Medina, Graciela “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial” RCyS 2015-IV p. 287, LLOnline AR/DOC/774/2015, cap. V y R.D.F. y S. (IJ Editores), No. 5 setiembre 2015 e IJ-LXXX-322 [↑](#footnote-ref-17)
18. S.C.J.Mza., sala I, 28/572004, F., A. por su hijo menor c/ C., S.” LLGran Cuyo t. 2003 p. 884. [↑](#footnote-ref-18)
19. Mizrahi, Mauricio L. “Familia, matrimonio y divorcio”, Bs.As., Astrea, 2006, p. 322 y sgtes.; Chechile, Ana M. “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” R.D.F. (Abeledo-Perrot) No. 57 p. 167; Albarracín, Dolores-Albarracín Marta “El divorcio destructivo (Contribución del contexto al mantenimiento del conflicto)” L.L. t. 1992-E p. 804. [↑](#footnote-ref-19)
20. En el mismo sentido, el art. 403 del Anteproyecto de Bibiloni. [↑](#footnote-ref-20)
21. Llerena, Baldomero “Concordancias y comentarios del Código Civil argentino”, Bs.As., Lib.Ed. La Facultad, 1931, 3ª.Ed., t. 1 p. 373/374, nº 1 de la glosa al art. 8 de la L.M.C. y 166 C.Civ. [↑](#footnote-ref-21)
22. Busso, Eduardo B. “Código Civil anotado”, Bs.As., Ediar, 1945, t. II ps. 36/37, nº 21 a 26 de la glosa al art. 8 de la L.M.C. [↑](#footnote-ref-22)
23. A iniciativa del Senador Martiarena, que propuso el silencio legal con respecto a la acción de daños y perjuicios, como lo había hecho el Proyecto de 1936, “De tal manera –dijo- que las consecuencias que resulten de la ruptura de la promesa quedarán regidas por el derecho común… y si por alguna de las circunstancias que se suceden en la vida, esa ruptura ocasiona daños, se deberá regir por el derecho común. Regulaciones de esta naturaleza están contenidas, por ejemplo, en el Código italiano vigente, en la nueva ley española de 1981, en el Código Civil del Perú, de 1984, y en la actual legislación de Venezuela” (LLOnline, Antecedentes Parlamentario, Ley 23.515, nº 1002) [↑](#footnote-ref-23)
24. En el citado código luego de establecer que la promesa de matrimonio no genera obligacón (art. 239), en el art. 240 prescribe la indemnizabilidad de los daños causados causados al otro o a terceros en el caso que se deje de cumplir la promesa por la culpa exclusiva de uno del promitentes. La acción se concede por un plazo de caducidad de un año [↑](#footnote-ref-24)
25. Borda, Guillermo A. actualizado por Guillermo J. Borda “Tratado de derecho de familia”, Bs.As., La Ley, 2008, 10ª ed., t. I p. 71, nº 63. [↑](#footnote-ref-25)
26. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 22a Nominación de Córdoba, abril 15-1999, publ. en L.L.Córd. 1999 p. 1376 y LLOnline AR/JUR/1335/1999. [↑](#footnote-ref-26)
27. Medina, Graciela “Responsabilidad por ruptura intempestiva del noviazgo” L.L.Córdoba t. 1999 p. 1367 y LLOnline AR/DOC/662/2001 [↑](#footnote-ref-27)
28. Trib.cit., set. 29-1992, “T., A. M. c. S. C., N.” L.L. t. 1993-E p. 237, D.J. t. 1993-1 p. 112 y LLOnline AR/JUR/540/1992 [↑](#footnote-ref-28)
29. Solari, Néstor E. “Los esponsales en el Proyecto de Reforma” DF y P 2013 (octubre) p. 13; Basset, Úrsula C. en Alterini, Jorge H. (Dir.)-Alterini, Ignacio E. “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Bs.As., La Ley, 2015, t. III p. 11, nº 4 de la glosa al art. 401. [↑](#footnote-ref-29)
30. Urbina, Paola en Calvo Costa, Carlos A. (Dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio”, Bs.As., La Ley, 2015, t. I p. 350. Azpiri, Jorge en Bueres, Alberto J. (Dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, Bs.As., Hammurabi, t. 1, p. 331. [↑](#footnote-ref-30)
31. Molina de Juan, Mariel en Kemelmajer de Carlucci, A.-Herrera, M.-Lloveras, N. (Dirs.), “Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015”, t.. I pág. 115, nº 2 de la glosa al art. 401. Herrera, Marisa en Lorenzetti, R, L. (Dir.)-De Lorenzo, M.F. y Lorenzetti, P. (Coords.) “Código civil y comercial de la Nación. Comentado”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2015, t. II p. 562, ap. III de la glosa al art. 401. [↑](#footnote-ref-31)
32. Véase Garbino, Guillermo R. en Belluscio, A.C. (Dir.)-Zannoni, E.A. “Código Civil y leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1978, t. 1 p. 778; Hernández, Lydia B. en Bueres, A.J. (Dir.)-Highton, E.I. “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Bs.As., Hammurabi, 1995, t. 1 p. 1032, glosa al art. 225 (texto según ley 23.515); Mèndez Costa, María Josefa en Ferrer, F.A.M.-Medina, G.-Méndez Costa (Dirs.). “Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía”, Bs.As.-Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, t. I p.343, glosa al art. 225. [↑](#footnote-ref-32)
33. Juzg.1ra Instancia Civil y Comercial de San Isidro No. 9, 29/03/1988, “E., N. c. G., F. C. N.” E.D 128-333 comentado por BIDART CAMPOS, Germán “Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional”. [↑](#footnote-ref-33)
34. SOLARI, Néstor E. “La atribución subjetiva del daño en la filiación” nota al fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 17/11/2005, “P., G.B. c. S., L. A.

    LLBA 2006 p. 1428 y “Reparación de daños por la omisión del reconocimiento voluntario del hijo” nota al fallo Tribunal de Familia Nro. 2 de Quilmes, 23/9/2005 “D., A. B. c. M., D.” LLBA t. 2006 p. 306 y LLOnline AR/DOC/1392/2006. [↑](#footnote-ref-34)
35. Las normas citadas en el texto dispone: “Art. 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”; el art. 8° establece: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. [↑](#footnote-ref-35)
36. Rezan los artículos citados en el texto: 17 inc. 4 “Los Estados Parte deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”; inc. 5 “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio, como a los nacidos dentro del mismo”; 19 “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; 31 inc. 1 “Correlación entre deberes y derechos: a. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”. [↑](#footnote-ref-36)
37. Sobre toda la problemática que ofrece la omisión del reconocimiento: Famá, María Victoria “Los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento voluntario del hijo” JA t. 2010-II p. 1391 y Lexis 0003/014962. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ibarlucía, Emilio A. “La impugnación de paternidad por el padre ‘reconociente’. A la luz de los nuevos paradigmas constitucionales de la ‘identidad biológica’ y el ‘interés superior del niño’, L.L. t. 2000-F p. 761. [↑](#footnote-ref-38)
39. Kemelmajer de Carlucci, Aída “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el derecho de daños”, en Lepin Molina, C. (Dir.)-Vargas Aravena (Coord), “Responsabilidad civil y familia”, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014, ps. 201 y stes., nº 3 a 6; Stilerman, Marta “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, MDJ3206. [↑](#footnote-ref-39)
40. Reza la norma: “Art. 402.- Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”. [↑](#footnote-ref-40)
41. La idea de solidaridad tiene despliegues particulares en la relación de la vida familiar: pues no permiten establecer responsabilidades individuales; cuando me solidarizo con el otro, lo hago de modo tal que aparece la comunicabilidad de la responsabilidad: el fracaso no es individual, sino conjunto, ni uno supo dar continuidad a la relación, ni el otro supo ayudar al otro para que diera esa continuidad [↑](#footnote-ref-41)
42. En íntima relación con el reconocimiento del derecho a cambiarlo está el art. 436 que establece la nulidad de renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio o restringir esa facultad. [↑](#footnote-ref-42)
43. En cierto sentido, la ausencia de regulación obedece a una convicción de que el derecho no puede garantizar la felicidad de los cónyuges y que la convicción a la que ha llegado alguno de ellos del fracaso del proyecto de vida en común, no es reprochable, en virtud de que se reconoce el derecho a cambiar el proyecto de vida, cuando el agente entienda que el encarado ha fracasado. [↑](#footnote-ref-43)
44. Sin embargo, la ley no se desentiende frente a la situación económica objetiva en que pueda quedar alguno de los cónyuges como consecuencia de la esa ruptura y adopta un instituto re equilibrador de los efectos económicos que la ruptura de la pareja, pueda ocasionar a alguno de sus miembros a través de las compensaciones económicas a que da lugar, de las que nos ocuparemos en el próximo apartado. [↑](#footnote-ref-44)
45. Señala la Dra. Kemelmajer de Carlucci: “El único deber cuyo incumplimiento configura el presupuesto de la antijuridicidad y respecto del cual podrían revivir los argumentos de la tesis permisiva es el de asistencia. Por el contrario, el deber de fidelidad es moral y, consecuentemente, su mero incumplimiento no da lugar a daños y perjuicios” (aut.cit. “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el derecho de daños” en Lepin Molina, C. (Dir.)-Vargas Aravena, D. (Coord.) “Responsabilidad civil y familia”, Santiago de Chile, Thomson Reuters La Ley, 2014, p. 195, especialmente nº 8 ap. c). [↑](#footnote-ref-45)
46. Sobre la apertura del ‘afecto’ como concepto receptado por el Derecho: Kemelmajer de Carlucci, A. “Lineamientos generales del derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado (Por qué no al maquillaje) en R.D.P. y C. t. 2012-2 p. 308, nº 8. Duprat, Carolina “El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civi” MJ-DOC-5924-AR, recordando el voto del Dr. Genoud en el precedente S.C.Bs.As., 6/6/2012 “R., I.I. c/L., M.R. s/Divorcio” LL t. 2012-D p. 526 con nota de Eduardo G. Roveda, JA Sem. 2012-10-03 p. 80 y LLOnline AR/JUR/25164/2012; sobre la revalorización del matrimonio al fundarlo en el afecto: Chechile, Ana M. “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” R.D.F. (Abeledo-Perrot) No. 57 p. 176/177, cap. III. Comp. Moisá Benjamín “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código” LL t. 2015-A p. 471, especialmente cap. 4.a), quien entiende que convertir el deber jurídico de fidelidad en moral, es degradarlo. [↑](#footnote-ref-46)
47. Sostuvo De Cupis: “La distinción de jurídico (strictu sensu) y antijurídico, lícito e ilícito, , justo o injusto, depende en definitiva del criterio de valoración propio del derecho. Es manifiesto que la misma común experiencia del derecho demuestra el empleo de sus conceptos entraña una valoración, una apreciación de los actos humanos, valga decir, además de la mera constatación de su acaecer, su valoración. Únicamente ofrece discusión, si el criterio de valoración debe extenderse a todos los actos humanos, o bien, si algunos de ellos deben ser marginados, por cuanto, con arreglo son indiferentes para el derecho” (aut.cit., “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, trad. de la 2ª edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, p. 85/86, nº 4), y más adelante, “La antijuridicidad… es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto…. El daño que afecta el interés sacrificado por el derecho no es antijurídico,…” (aut. y ob.cits., p. 93, nº 5). [↑](#footnote-ref-47)
48. Hayes, Ricardo R.E. “La procedencia de la acción de daños derivados del divorcio vincular en el marco del Proyecto de Reforma del Código Civil”, Rev.D.F. y P. año 4, nº 10, p. 38. [↑](#footnote-ref-48)
49. Ferrer Riba, Josep “Relaciones familiares y límites del derecho de daños” en http://www.indret.com 04/2001, Cap. 3. a), descarta que los deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge puedan ser objeto compulsión indirecta, por la vía del cumplimiento por equivalente” [↑](#footnote-ref-49)
50. Lucchini Guastalla, Emanuele “El daño intra-familiar en la perspectiva europea” RCyS 2011-IX p. 3 y LLOnline: AR/DOC/2703/2011, cap. V. Señala el autor aunque sin referirse al derecho argentino, pero poniendo en evidencia la coincidencia: “podemos hablar de ilícito endo o intrafamiliar exclusivamente cuando la conducta de un pariente lesiona los derechos fundamentales de la persona y no simplemente ante cualquier violación de deberes recíprocos de los cónyuges o por el simple incumplimiento de los deberes de los padres con respecto a los hijos menores de edad o incapaces. El resarcimiento del daño es un instrumento que se halla destinado a ser operativo exclusivamente cuando existe una lesión de los derechos de la persona entendida como individuo, tanto en el aspecto estático como dinámico y, sobre todo, en su realización personal dentro de la familia” [↑](#footnote-ref-50)
51. Francia (arts. 270 a 281 del Code), Dinamarca, Italia, El Salvador (art. 113 del Código, Quebec, Chile (art. 61 ley 19.947). Pero no todos lo han incorporado de la misma forma, pues algunos de esos Códigos lo regulan como un instrumento que sirve para corregir el régimen patrimonial de bienes que consagran, y por eso lo prevén dentro de las normas destinadas a él. Otros, como nuestro Código lo han receptado como un efecto del divorcio (art. 441) y la cesación de la unión convivencia (art. 524). En algunas, como en El Salvador se tiene en cuenta la culpabilidad para excluir el derecho a la compensación económica, acercándola a la responsabilidad civil, en el sentido que la culpa de la víctima la excluiría. [↑](#footnote-ref-51)
52. Conf. Pellegrini, María V. en Kemelmajer de Carlucci, A.-Herrera, M.-Lloveras, N. (Dirs) “Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014”, Bs.As.-Santa Fe, 2015, to. I pág. 414, nº 2 de la glosa al art. 441, destacando que si bien es la fuente la regulación no es exactamente igual –en nota al pie 585-. El art. 97 del C.Civ. español reza: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. …” y a continuación se fijan las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para dicha determinación, a falta de convención entre las partes. [↑](#footnote-ref-52)
53. Fanzolato, Eduardo I. "Prestaciones compensatorias y alimentos entre los ex cónyuges", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-1, "Alimentos", Ed. Rubinzal Culzoni, 27/04/2001, p. 19/77; Grosman, Cecilia “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados” LL t. 1982-A p. 750. Ambos autores escribían hacen años y antes de que fuera legislado el instituto. Niegan el carácter alimentario, ya proyectada la figura: Girotti Blanco, Sofia - Cunningham Glen, Brenda “La compensación económica en las uniones convivenciales” RC D 325/2014; Galeazzo, Florencia "Acerca de la equiparación de las familias y la compensación económica, en el Código Civil y Comercial de la Nación" [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id DACF150308, especialmente nº 3.3. Sobre las diferencias de la compensación económica y los alimentos; Medina, Graciela: “Compensación económica en el Proyecto de Código” L.L. t. 2013-A p. 472, DFyP 2013 (enero-febrero) p. 3 y LLOnline AR/DOC/4860/2012, cap. X.1; Molina de Juan, Mariel “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género” R.D.F. (Abeledo Perrot), No. 57 p.187, especialmente cap. V. [↑](#footnote-ref-53)
54. CESPEDES MUNOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. “La Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica: la situación en Chile y en España”. Rev. chil. derecho 2008, vol.35, n.3, p. 439-462, cit. por Michel Valdivia Romo “Analisis jurisprudencial de la compensación económica en el divorcio y la nulidad en el matrimonio civil chileno”, Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, 2013, p. 12, nº. 5. Sobre las diferencias de la compensación económica y la responsabilidad civil; Medina, Graciela: “Compensación económica en el Proyecto de Código” L.L. t. 2013-A p. 472, DFyP 2013 (enero-febrero) p. 3 y LLOnline AR/DOC/4860/2012, cap. X.2; Molina de Juan, Mariel “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género” R.D.F. (Abeledo Perrot), No. 57 p.187, especialmente cap. V [↑](#footnote-ref-54)
55. Corral Talciani, Hernán “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial” Revista Chilena de Derecho, vol. 34 Nº 1, pp. 23 a 40 y <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100003>, a pesar de que antes sostuvo la posición indemnizatoria; Kemelmajer de Carlucci, Aída “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el derecho de daños” en Lepin Molina, C. (Dir.)-Vargas Aravena (Coord), “Responsabilidad civil y familia”, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014, ps. 219/220, nº 8. [↑](#footnote-ref-55)
56. Argeri, Gastón M. M. “La compensación económica desde una visión de solidaridad familiar” RC D 289/2014. Duprat, Carolina “El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civi” MJ-DOC-5924-AR, cap. III.3.A. [↑](#footnote-ref-56)
57. Venini, Guillermina “Las compensaciones económicas en el Código Civil y Comercial Unificado” R.D.F. y P. (La Ley) Año VI, No. 11 dic. 2014 p. 3. [↑](#footnote-ref-57)
58. Pizarro, Carlos su exposición brindada en el Seminario efectuado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Diego Portales, los días 15 y 16 de junio de 2004, según noticia brindada por Sorrego, J.N. “La compensación económica, en la ley de matrimonio civil” versión pdf con modificaciones del artículo publicado en “Revista de Derecho” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Finis Terrae, año VIII, número ocho, año 2004, págs. 133 a 150. Medina, Graciela “Compensación económica en el Proyecto de Código” L.L. t. 2013-A p. 472, DFyP 2013 (enero-febrero) p. 3 y LLOnline AR/DOC/4860/2012, cap. XI.3, enunciada como del empobrecimiento injusto. [↑](#footnote-ref-58)
59. Molina de Juan, Mariel “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”, en Rev.Derecho de Familia (Abeledo Perrot), t. 57 p. 188. [↑](#footnote-ref-59)
60. Las circunstancias a tener en cuenta para su fijación y cuantía con, según la norma, entre otras relevantes, son: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finali- zación de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterio- ridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. [↑](#footnote-ref-60)
61. Las circunstancias señaladas por la norma, entre otras que puedan ser relevantes, son: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f ) la atribución de la vivienda familiar. [↑](#footnote-ref-61)
62. Véase nota No. 50, la referencia al Código de Familia de El Salvador. [↑](#footnote-ref-62)