

La responsabilidad extracontractual en caso de divorcio

Carmen GARCÍA MENDIETA*

Al decir de Frisch Philipp, la actividad judicial forma un puente entre nuestro mundo y el del deber, mediante la aplicación de las normas a los hechos de aquél. Muchas veces, de esa actuación resultan tensiones cuando —entre otros supuestos— un modo de interpretación considerado anteriormente como satisfactorio se vuelve inaceptable o insostenible. Este cambio es un factor necesario en la interpretación legal, dado que los jueces tienden a crear sentencias cercanas a la vida, y no a basarse en las anacrónicas.¹

Kelsen, al desarrollar su teoría de la producción escalonada del orden jurídico, expresa que ésta capta el Derecho en su movimiento, “en el proceso permanentemente renovado de su autoproducción. Se trata de una teoría dinámica del Derecho, a diferencia de una teoría estática, que lo concibe sin considerar su producción (y sólo como un orden ya producido)”.² Y esa producción no se da sólo en el grado de lo constitucional y de lo legal, sino, entre otros niveles, en la sentencia judicial.

A partir de su pensamiento, Frisch Philipp, entre otros, ha desarrollado el concepto de la jurisprudencia dinámica, basado en el convencimiento de que, para la prosperidad de la vida jurídica, es necesario establecer una colaboración estrecha entre la doctrina y la magistratura. De ella surgirá una jurisprudencia de gran nivel científico, a la vez que una teoría actualizada y útil para la práctica. Esa cooperación traerá consigo el desarrollo de la jurisprudencia dinámica.

Para el autor, esa interrelación es de doble signo: en la doctrina se plantean enfoques, modos nuevos de solución de los problemas, suscitados por las circunstancias cambiantes de la vida, que requieren en forma urgente de decisiones judiciales acordes a las elaboraciones y propuestas de la teoría. Puede tratarse de nuevas formas de interpretar las normas, o bien de lagunas legales que el legislador no puede solucionar de inmediato, por lo cual jueces y doctrina deberán reaccionar con mayor prontitud y eficacia para asegurar la urgente toma de posición de un tribunal de jerarquía elevada. Pero a la vez existen casos en que una sentencia judicial, que da el primer paso en un asunto

* Antigua profesora de Derecho Civil e investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas en la UNAM. Actualmente directora del Departamento de Derecho comparado del Senado de la República del Uruguay.

¹ Frisch Philipp, Walter, *Las responsabilidades extracontractuales y la jurisprudencia dinámica*, Homenaje a Jorge Barrera Graf, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 566-567.

² Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, pp. 285-286.

de interés, provoca el eco de la doctrina, que se manifiesta en reseñas científicas y en comentarios sobre el contenido de la sentencia.³

Un cambio en la forma de interpretación no es *fuente* — advierte el autor —, sino sólo un medio para adaptar el contenido de las leyes a las necesidades o conveniencias actuales. Y ese cambio podrá darse en forma brusca (por ejemplo, ante un proceso inflacionario agudo, adoptar posiciones que nivelen la relación obligacional), o bien paulatina (el análisis de la situación de la mujer como esposa, en vías de una lenta emancipación). Cada una de estas adecuaciones y evoluciones exigirá por igual un considerable esfuerzo de la magistratura.⁴

La idea de jurisprudencia dinámica corresponde con la revalorización de la función jurisdiccional que se ha operado desde hace décadas. La supeditación mágica a la letra de la ley, al valor semántico del precepto — propio del Liberalismo — corrió, paralela con la suspicacia hacia todo asomo de arbitrio del juez (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*, para Montesquieu). De allí derivaron reglas de hermenéutica, como la que prescribe que no se desatenderá el tenor literal de la ley a pretexto de consultar su espíritu. Y en el siglo XIX el modo de pensamiento interpretativo por excelencia fue el de la jurisprudencia conceptual, basada en argumentaciones lógicas; “con ello se acentuó una actividad cognoscitiva en la cual no hubo lugar para elementos volitivos ni de evaluación”, afirma Frisch.⁵

La jurisprudencia conceptual se concentró — según el mismo autor — en los conceptos y construcciones jurídicos, que no siempre son suficientes o adecuados para abarcar las infinitas situaciones de la realidad; en cambio, los métodos posteriores se fijaron por vez primera en la fuerza creativa del mundo de los hechos; se tendió a un mayor acercamiento entre el mundo del ser y el del deber ser, cosa que permitió contar con una visión más amplia y profunda del orden jurídico.

En la metodología de la interpretación surgen las teorías de la “jurisprudencia de intereses” y de “la jurisprudencia de evaluación”, sucesivamente. De acuerdo con la primera, el intérprete se vale de un análisis teleológico de la norma legal, para hallar la preferencia concedida por el legislador a uno u otro de los intereses contrapuestos; para la segunda, el intérprete no procede a la búsqueda de los intereses que deduce del contenido normativo, sino que analiza el valor que el legislador atribuye a los conceptos contenidos en la norma, y aplica a cada caso concreto la evaluación o ponderación de esos valores normativos. Para Frisch, esta última línea de pensamiento es la que domina en la actuación jurisprudencial en la actualidad, aunque, a su entender, ambos métodos coinciden sustancialmente en sus resultados, “dado que los intereses antes referidos no pueden entenderse en un sentido subjetivo — de los sujetos respectivos —, sino en el objetivado, o sea el dado por el legislador, y este interés objetivo corresponde

³ Frisch Philipp, Walter, *op. cit. supra*, nota 1, p. 564.

⁴ *Ibidem*, pp. 567-568.

⁵ *Ibidem*, p. 546.

al valor normativo.”⁶ Para este autor por fin, no cabe duda de que estos métodos son los propios de una jurisprudencia dinámica y creativa, dentro del principio de legalidad sentado en las constituciones democráticas. Los conceptos generales muy amplios (por ejemplo, los de “buena fe”, “orden público”, “buenas costumbres” y “licitud”, entre otros) constituyen bases para una labor judicial de evaluación de sus contenidos, a fin de concluir si un caso dado es sometible o no a tal o cual de esos conceptos, que son imprescindibles para dar al tribunal un marco de acción suficientemente amplio, no limitado por medidas legislativas casuísticas. Incluso los criterios ya conocidos pueden ser objeto de desarrollos judiciales que tienen por resultado ampliar el radio de los supuestos legales. Así, la Suprema Corte alemana, en fallo del 28 de octubre de 1986, estimó que el arquitecto que había contratado con el dueño de un edificio, debía responder ante el inquilino (un tercero en la relación contractual) por los daños causados a las cosas de este último, que se encontraban dentro del departamento, a causa de defectos de construcción (falta de impermeabilización) imputables al arquitecto. La Suprema Corte fundó su fallo en la responsabilidad extracontractual del arquitecto hacia el arrendatario: aquél, con su conducta ilícita, faltó a la obligación de cuidar los aspectos técnicos y de proteger la salud y la propiedad de los terceros. Por esta vía se estableció la responsabilidad directa del arquitecto hacia el posterior arrendatario, sin necesidad de hacer entrar en juego la responsabilidad contractual del arquitecto ante el dueño del edificio, por un lado, y la de éste en relación con su inquilino, por otro lado.⁷

Sin embargo, Frisch Philipp descarta en su desarrollo del concepto de jurisprudencia dinámica el uso del llamado “método de la flexibilidad” o “de importancia de la justicia individual en el caso concreto”. Los partidarios de esta corriente — también llamada de “jurisprudencia libre” — llegan a postular que se libere al juez al máximo posible del vínculo legal en la toma de decisiones; éste deberá aplicar al caso concreto su criterio extrapositivo de justicia, y *a posteriori* encontrar en las normas de Derecho positivo la debida fundamentación de su resolución. Si bien esta doctrina ha adquirido sus formulaciones más audaces entre los juristas alemanes, en Latinoamérica existe aún una corriente doctrinaria abierta a las nuevas propuestas. El argentino Carlos Santiago Nino, al meditar sobre las funciones y verdadera naturaleza de la dogmática jurídica, expresa:

Quizá sería altamente beneficioso que la dogmática jurídica abandonara la fachada descriptiva de su actividad, que le lleva a cometer tantas confusiones conceptuales, y abiertamente propusiera soluciones normativas originales con base en las consecuencias valorativas de las mismas, como lo quiere la “jurisprudencia de intereses”. Pero esto sólo podría darse en un contexto social que permitiera manifiestamente a los jueces, principales destinatarios de la tarea dogmática, completar el Derecho en caso de lagunas, elegir una de dos normas contradictorias por motivos axiológicos, determinar el significado de normas vagas y ambiguas por sus consecuencias y aun declarar la cesantía de una norma legislada cuando fuertes razones valorativas lo exigieran. Es posible que, en atención a

⁶ *Ibidem*, p. 549.

⁷ *Ibidem*, p. 551.

la necesidad de controlar los actos sociales, haya que esforzarse para que se dé este contexto en que los jueces declaren abiertamente lo que hacen y manifiesten su labor creativa.⁸

La jurisprudencia dinámica, para sus sostenedores, mantiene en cambio el principio de legalidad; es decir, sus resoluciones se fundan en el Derecho positivo, pues el excesivo arbitrio judicial puede atentar contra la seguridad de la vida jurídica. Explicando su posición ecléctica, el español Gil Cremades se pregunta: “¿No serán tan similarmente irreales la imagen del juez que procede respecto de la ley como un autómatas, como la del juez que ejerciera su actividad haciendo un derroche diario de imaginación creativa? Ni el hombre queda anulado por la primacía de la ley, ni la imaginación puede ser asunto de rutina.”⁹

Y para el propio Kelsen, la teoría de que sólo los tribunales producen Derecho es tan unilateral como aquélla según la cual los tribunales no producen absolutamente ningún Derecho, sino sólo aplican un Derecho ya creado. “Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquélla, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino”.¹⁰

Cualquiera que sea el grado de independencia del texto expreso que las diversas corrientes de pensamiento adjudiquen a la metodología jurisprudencial, es evidente que en el correr de este siglo — especialmente en su segunda mitad — la esencia de la función jurisdiccional está en el punto de mira de la doctrina, que discurre largamente sobre el cometido de aquellos que cumplen la función social de tomar decisiones en asuntos de terceros. Rolando Tamayo y Salmorán llega a afirmar que “para el jurista y el científico social una característica distintiva del Derecho es la disponibilidad de un proceso jurisdiccional, cuya función consiste en resolver disputas entre los miembros de una comunidad.”¹¹ Alan Watson sostiene que la presencia del proceso jurisdiccional es la *única condición necesaria* del Derecho.¹²

Este entorno doctrinario constituye sin duda un ámbito estimulante para las contribuciones de una jurisprudencia creativa. La jurisprudencia dinámica ha elaborado tesis novedosas, especialmente en el campo de la responsabilidad extracontractual. Los países del Río de la Plata no son ajenos a este fenómeno. Podemos ejemplificar lo que antecede con dos sentencias recientes, una uruguaya y otra argentina. En ambos casos, prestigiosos magistrados de los tribunales de apelaciones han ahondado en el estudio de los temas en cuestión y sopesado el pro y el contra de sus asertos; por consiguiente, resultan de interés tanto las fundamentaciones de los votos del acuerdo, como las respectivas discordias.

⁸ Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 108.

⁹ Gil Cremades, Juan José, “La motivación de las decisiones jurídicas”, *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 422.

¹⁰ Kelsen, Hans, *op. cit. supra*, nota 2, p. 263.

¹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la ciencia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 168. (Subrayado nuestro).

¹² Citado por Tamayo y Salmorán, *op. cit. supra*, nota 11, p. 168 (nota 1). (Subrayado nuestro).

En Uruguay se planteó ante el Tribunal de Apelaciones de 2do. Turno la procedencia de la obligación del cónyuge culpable de indemnizar al inocente por los daños materiales y morales producidos, en caso de divorcio por adulterio. Esta posibilidad nunca había sido debatida ante los tribunales uruguayos; ello culminó en un fallo que acoge la demanda; fue ministro redactor la doctora María Inés Varela de Motta.

Los puntos abordados por ese tribunal pueden identificarse del siguiente modo:

A.- Consecuencias legales del incumplimiento del deber de fidelidad que se deben los cónyuges.

B.- Procedencia de la extensión de la responsabilidad extracontractual al ámbito del Derecho de familia.

C.- Qué daños son indemnizables.

A - El artículo 127 del Código Civil uruguayo establece, al igual que todas las legislaciones derivadas del sistema romano-canónico, que “los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos”.¹³ Esto es, se consagra la exclusividad de la cópula para la pareja legal. Los canonistas fundan esta obligación en la primera Epístola de San Pablo a los Corintios, en cuyo Capítulo VII se dice que “La mujer no tiene la potestad de su cuerpo, sino el marido; y tampoco el marido tiene la potestad de su propio cuerpo, sino la mujer”.¹⁴ Por otro lado, el artículo 179 del mencionado Código sanciona al cónyuge que diere lugar a la separación, con la pérdida de lo que se le hubiere dado o prometido por el cónyuge o por un tercero. El artículo 183 sanciona asimismo al culpable con la pérdida de la pensión congrua. El adulterio de cualquiera de los cónyuges es causal de divorcio (artículos 148 y 187 CC). (La norma que disponía la pérdida de los bienes gananciales de la mujer adúltera que diere lugar a la separación, fue derogada en 1978). No existe en la letra de la ley ninguna sanción específica para el cónyuge culpable de adulterio, que no sea la posibilidad que tiene el inocente de pedir la disolución del matrimonio por divorcio.

B- El fino instinto jurídico de los romanos, dice Santos Briz, incluyó entre los *tria juris praecepta* – o preceptos jurídicos fundamentales – el de no dañar a otro: *alterum non laedere*; “precepto que al lado de los otros dos (*honeste vivere* y *suum cuique tribuere*) atañe a toda suerte de normas sociales, a las que es común un mismo principio o medida universal del obrar”.¹⁵ Si bien la doctrina divide los daños en los derivados de incumplimiento de contrato, o de responsabilidad extracontractual o aquiliana, el presupuesto básico de estas categorías es el mismo: una conducta antijurídica que vulnera al *alterum non laedere*. Exceptuan-

¹³ Con respecto al CC mexicano para el D.F., Alicia E. Pérez Duarte y Noroña sostiene, en lo que atañe al artículo 162, que (“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”), que el precepto hace hincapié en el aspecto psicológico-afectivo de la relación, y expresa que los deberes de fidelidad y cohabitación son “elementos consustanciales del matrimonio”. (*CC para el D.F. comentado*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, Tomo I, p. 117).

¹⁴ *Nuevo Testamento*, versión de Cipriano de Valera.

¹⁵ Santos Briz, Jaime *Derecho de daños*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 2.

do los específicos supuestos de responsabilidad objetiva (teoría del riesgo) que recogen algunas legislaciones, como la mexicana, la imputación del daño procede según el principio de la culpa: esa imputación constituye una condición necesaria en el derecho de daños. La doctrina moderna ha desarrollado la llamada concepción normativa de la culpabilidad, de acuerdo con la cual la esencia de la culpa es un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente. Al mismo se le reprocha el juicio de menosprecio que significa haberse decidido por la conducta ilícita, el no haberse conducido de acuerdo a derecho. Ello independientemente del fenómeno psicológico del sujeto. Para Bonet, “la culpa en el Derecho civil es la infracción de la ley, cometida libremente y sin malicia por alguna causa que se pueda y se deba evitar.”¹⁶ Santos Briz estima que la culpa no es sino una forma de la antijuridicidad. De modo que una conducta antijurídica es culposa si el agente actuó teniendo conciencia de la antijuridicidad.

Ahora bien, estos principios generales ¿se aplican al ámbito de los derechos y deberes que emanan del matrimonio o, por el contrario, la especificidad de las relaciones familiares — y el Derecho de familia — hacen imposible esa traslación? La jurisprudencia antes referida se ha manifestado en sentido afirmativo.

Eduardo Vaz Ferreira pone de relieve que en Uruguay nunca antes se habían advertido las lógicas consecuencias de la coordinación de los artículos 127 (que establece el deber de fidelidad) y 1319, según el cual “todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo, dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo.” En otros países, en cambio, la obligación de indemnizar se acepta desde hace mucho, ya sea por interpretación jurisprudencial o con base en textos legales expresos.¹⁷ El fallo del Tribunal, a su vez, hace un recorrido por las legislaciones y jurisprudencia extranjeras, a partir del Derecho romano. Descarta que el fundamento de la reparación pueda ser contractual, por la especificidad de las normas sobre matrimonio, que no puede asimilarse a un contrato civil. Estima, en cambio, que “los principios y disposiciones que rigen la responsabilidad extracontractual ofrecen un marco adecuado para las reclamaciones de esa naturaleza. En efecto, la responsabilidad aquiliana nace cuando se produce la violación del deber genérico de no causar daño a otro, daño que abarca todas las variantes que pueden producirse con motivo de las relaciones humanas. Por ello se sostiene que si el divorcio como hecho humano provoca daño gratuito a uno de los cónyuges, éste tiene derecho a ser indemnizado.”¹⁸ Esta posición del Tribunal concuerda con lo expresado por Santos Briz, para quien es antijurídica cualquier conducta que contradice el ordenamiento jurídico como un todo: el Derecho es una unidad, y el principio de lo justo y de lo injusto son de validez general y no pueden tener un contenido diferente para cada rama del Derecho. Asimismo, Alberto Spota estima que

¹⁶ Citado por Santos Briz, *op. cit. supra*, nota 15, p. 46.

¹⁷ Vaz Ferreira, Eduardo, “Daños y perjuicios en caso de divorcio”, *Anuario de Derecho civil uruguayo*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1989, p. 188. Nos remitimos a las documentadas referencias que realiza en su trabajo el profesor. Vaz Ferreira sobre legislación y jurisprudencia comparadas.

¹⁸ Publicado en ?

resultaría una “inaceptable desarmonía jurídica” admitir el resarcimiento en el campo de las obligaciones y que “se exigiera un texto expreso si el acto ilícito surgió en el ámbito del Derecho de familia so pretexto de la ‘especialidad’ de este último, que a nuestro criterio no se presenta en nuestros ordenamientos legales.”¹⁹

Si bien ésta fue la posición del Tribunal en su mayoría, existió un voto disorde; el magistrado se fundó en los siguientes argumentos: en 80 años transcurridos desde que se promulgó la ley de divorcio, ésta es la primer demanda que se presenta reclamando daños y perjuicios contra el cónyuge adúltero; lo cual no procede, dado que el Código Civil sanciona ese ilícito con la facultad que tiene el cónyuge inocente De pedir el divorcio, a efectos de disolver el vínculo matrimonial; no existe en el Derecho uruguayo ninguna norma que faculte a agregar al adulterio otra sanción pecuniaria, y la absorción de tales supuestos en la norma del artículo 1319, no ha tenido antes predicamento alguno; asimismo, el artículo 179 CC sanciona al cónyuge culpable con la pérdida de lo que se le hubiere dado o prometido; el divorcio es, respecto del adulterio, una consecuencia contingente y no necesaria, por lo cual no se opera el necesario nexo causal entre el hecho ilícito y el daño.

Esta discordia se refiere al punto focal del planteo, que por cierto no es de fácil o simple resolución. Tamayo y Salmorán, al tratar de la interpretación orgánica del lenguaje jurídico, expresa que “todo acto de aplicación es también un acto de creación (todos los materiales jurídicos condicionantes son por su propia naturaleza más o menos incompletos)”.²⁰ Y, para el citado jurista, la interpretación orgánica aparece “como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del Derecho”. “La interpretación orgánica juega, así, un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico. En efecto, el órgano aplicador, al decidir el sentido que guarda el lenguaje jurídico elaborado, *decide*, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del Derecho. En la interpretación orgánica la interpretación ‘se traduce en actos o voliciones’ (...) que completan un cierto sistema de normas jurídicas”. Por eso, a su entender, el acto de interpretación que realiza el órgano aplicador es, en mayor o menor medida y en atención a su carácter subjetivo, arbitrario. El órgano aplicador *escogerá*, de entre todas las significaciones posibles de los materiales jurídicos, la “conveniente”, la “viable”, la que “sea conforme a la voluntad del legislador”, la “justa”, etcétera. Aclara el autor que no debemos olvidar que los materiales jurídicos (constitución, ley, tratado, etcétera) determinan siempre – con diferencias de grado – el acto del aplicador; pero esa determinación no puede ser exhaustiva, ya que los materiales son necesariamente más o menos incompletos. Por tanto – concluye – siempre habrá elementos que serán adicionados por los sucesivos

¹⁹ Spota, Alberto, “Daño moral en el adulterio”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, F.C.U., p. 13.

²⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit supra*, nota 11, p. 156 (nota 28).

actos de aplicación: “la norma de carácter superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar”.²¹

Kelsen denomina “laguna técnica” de la ley a aquella cuya indeterminación proviene del carácter de marco que tiene la norma; su existencia, para el autor, dado que las leyes son obra humana, no está excluida.²²

En relación con el fallo comentado, el Tribunal partió de un principio general que está en la base de nuestro sistema jurídico (*non laedere*), consagrado en texto expreso (artículo 1319 CC), y lo proyectó al caso particular, en que la existencia de la relación matrimonial que hubo entre las partes en conflicto no es causa para inhibir la aplicación de ese principio general. Si bien la reparación del daño en caso de incumplimiento de los deberes conyugales no está prevista en un texto expreso, existe un concepto unitario del sistema resarcitorio, que no lo hace incompatible con las sanciones específicas establecidas por la ley.

Para Joseph Raz, la búsqueda de los criterios para una descripción completa de cualquier sistema jurídico atañe a la identidad de ese sistema; y es irrelevante que algún enunciado en la descripción conforme una disposición jurídica completa, o no.²³ Durañona y Vedia — al fundar su voto en un caso similar planteado ante tribunales argentinos — dice que “así como no está vedado a un cónyuge denunciar o querellar penalmente al otro, culpable del delito de lesiones, injurias (...) y no se negaría la indemnización correspondiente en sede civil o criminal, tampoco hay obstáculo legal para la indemnización de los daños provenientes de delitos o cuasidelitos civiles”.²⁴

Una vez sentada la procedencia de la reparación por responsabilidad extracontractual, analiza el Tribunal los tres elementos necesarios para que la misma opere: el hecho ilícito, el daño producido y la relación de causalidad.

En cuanto al hecho ilícito, destaca que está configurado por la comisión de adulterio, que implica el quebrantamiento del deber de fidelidad. Expresa el fallo que no se trata de la violación de un deber moral — como a veces se ha argumentado —, ya que “el vocablo ilícito es comprensivo de hechos contrarios a la ley, como a la moral o las buenas costumbres y más genéricamente a la justicia”. Esta idea del Tribunal parece coincidir con el concepto de unidad material del sistema jurídico.²⁵ Se destaca que de las sanciones que prevé el CC para el cónyuge culpable del divorcio (pérdida de las ventajas matrimoniales de la pensión congrua), ninguna se refiere específicamente al adulterio y, por lo demás, son de escasa aplicación práctica y resultan insuficientes para resarcir el daño que pudo haberse provocado en el supuesto de hecho: “son sanciones que atienden al rechazo social que la conducta del culpable provoca, pero no tienen función resarcitoria porque prescinden del elemento ‘daño’ causado en el caso concreto”.

²¹ Ibidem, pp. 156-158

²² Kelsen, *op. cit. supra* nota 2, pp. 257-258.

²³ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 108.

²⁴ Durañona y Vedia, *La Ley*, Buenos Aires, 1988, Tomo D, p. 377.

²⁵ Raz, Joseph, *op. cit. supra*, nota 22, p. 107.

Se entiende asimismo que, como se encuadra dentro de la responsabilidad extracontractual, su apreciación debe hacerse no en forma genérica, sino específica, para lo cual debe acreditarse fehacientemente. Esto significa que “la sola declaración de divorcio por adulterio no alcanza para provocar la condena al resarcimiento; la víctima tendrá la carga de probar la medida del perjuicio cierto que le provocó el ilícito. Argumenta que hay situaciones en que el adulterio se comete no viviendo los cónyuges de consuno, o como consecuencia de una relación deteriorada y sin vínculo afectivo. En estos casos, de acuerdo con los fundamentos del fallo, procederán las sanciones legales antedichas, pero no entraría a jugar la responsabilidad aquiliana: la causal no opera *in se ipsa*.”

Por lo que se refiere al nexo causal, será menester acreditar que los perjuicios han tenido como causa directa el ilícito. Aquí se aborda “un aspecto de sumo interés, como lo es el de resolver qué incidencia ha tenido en el hecho dañoso la conducta de la víctima, que en forma parcial o total pudo llevar a la concreción del hecho agravante”. Con la doctrina más recibida, estima el Tribunal que la responsabilidad será siempre subjetiva, es decir, atribuible a título de dolo o culpa. Y del expediente de divorcio agregado a los autos surge que se decretó el divorcio por adulterio del marido, por sentencia de primer grado consentida. Con ello se ha acreditado el requisito de la culpa, sin necesidad de prueba complementaria.

C- El tercer punto que distinguimos en la cuestión debatida, tiene que ver con los daños que son indemnizables. En especial, la procedencia de la reparación del daño moral.

En el caso en examen, se probó que el adulterio del marido provocó en la esposa disturbios de salud física y psíquica: adelgazamiento, trastornos en la voz (de especial gravedad teniendo presente que se trataba de una docente), desmejoramiento físico general, sumado a depresión psicológica, con pérdida de la alegría de vivir. De la prueba producida por la contraparte, resulta a la vez que la esposa tenía un carácter difícil, que pudo incidir en el alejamiento de su cónyuge. Del informe psiquiátrico surge que tal vez, por temperamento, ella “fuera proclive a reaccionar con mayor carga afectiva ante una situación, que no produciría en otra (persona) tan graves trastornos”, dice el fallo (personalidad previa premórbida con sintomatología de la serie maniaca, aunque de escasa entidad). Se pide el resarcimiento de los daños patrimoniales y morales. En cuanto a los primeros, se centran en los gastos de asistencia médica, ya sea general o especializada, y no parecen plantear especiales problemas.

En lo que dice en relación con la reparación del daño moral (*pecunia doloris*) – que la sentencia acoge –, a esta altura parece innegable su procedencia, y la legislación y jurisprudencia comparadas abundan en ejemplos. El antecedente más remoto que hemos podido hallar sobre reparación de daño moral en el matrimonio está en las Leyes de Eshnuna (alrededor del 2,400 antes de nuestra era). Afirma Israel Drapkin que estas leyes constituyen, junto con el código de Lipit-Ishtar, una especie de puente jurídico que vincula al Código de Ur-Nammu con el de Hammurabi. “de aquí a nuestra actual

legislación occidental existe una relación muy directa y demostrable".²⁶ Según el artículo 24 de las citadas leyes, si un hombre declara consumación de su matrimonio, pero su suegro le ofende entregando su hija a otro hombre, el suegro deberá devolver el doble del dinero que recibió como dote. Se trata, pues, de una ofensa a la dignidad del marido y la compensación es de naturaleza pecuniaria.

El Derecho romano evolucionó, asimismo, desde un concepto materialista de daño en el cuerpo, hacia la reparación de lesiones claramente morales. Ello a través de sucesivos edictos del Pretor, que fueron incluyendo estas últimas dentro del ámbito conceptual de la *injuria*.²⁷ La doctrina, por su parte, se manifiesta mayoritariamente por la procedencia de la reparación. Como bien se expresa en la fundamentación del fallo, "en casi todas las hipótesis de esta naturaleza no hay un daño moral puro, sino un daño biológico, cuando el hecho, como en el caso que se sentencia, ha menoscabado la integridad psicológica del sujeto, poniendo en riesgo su salud integral". Según Stella, el daño moral atenta contra el equilibrio espiritual normal que la ley presume que existía con anterioridad al ilícito. Pero si no existía ese equilibrio (lo cual parece darse en el caso que motivó el juicio), el daño igualmente existe, ya que una nueva lesión intensifica la anterior y permanente.²⁸

El fallo fija una prudente suma por concepto de daños, pero decreta un abatimiento de un escaso porcentaje, en atención a la concurrencia de culpa de la parte actora.

También en Argentina se debatió ante un tribunal de segunda instancia²⁸ la procedencia de la reparación de daños — materiales y morales — provocados por la conducta ilícita de uno de los cónyuges (en el caso, abandono malicioso y voluntario del hogar); se entendió por daños tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivas de las causales de divorcio, como los que provocó el divorcio mismo. La Sala C de la Cámara Civil entendió en su mayoría — y concordando con su similar uruguayo — que de la falta de ley expresa en relación con divorcio no puede extraerse la conclusión de que el cónyuge culpable no deba responder de los perjuicios que hubiere ocasionado, conforme a los principios generales del Derecho.

Resulta de especial interés el voto discordante del juez Cifuentes,³⁰ para quien, frente al divorcio y la declaración de inocencia de uno de los cónyuges, no existen bases como para sostener la aplicación de las normas comunes sobre responsa-

²⁶ Drapkin, Israel, "Los códigos pre-hamurábicos", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Tomo XXXV, fascículo II, mayo-agosto 1982, p. 336.

²⁷ Para un desarrollo más completo, García Mendieta, Carmen, "La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo", *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 21-238.

²⁸ Stella, Carlos Roberto, "Daño moral en el hecho ilícito", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Argentina. Año XXVIII, 1987, pp. 113-130.

²⁹ El fallo dictado por la Sala C de la Cámara Civil y el comentario de Jorge Bustamante Alsina, pueden leerse en *La Ley*, Buenos Aires, 1988, T.D., pp. 376-391.

³⁰ *Ibidem*, pp. 386-387.

bilidad por daño moral y añadirlas además de las que la ley contempla. Sin embargo, en concepto del magistrado, otra cosa pueden ser “los hechos que llevan al divorcio, cuando tienen fuerza dañadora y punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, que sobrepasen la mera relación matrimonial, pueden irrogar una lesión al bien moral, que debe ser compensada pecuniariamente por ser actos que van más allá de la culpa en el divorcio y de las sanciones propias de éste”. En el caso sometido a la Sala, el magistrado consideró inadmisibles las demandas accesorias de los daños y perjuicios, porque las causales de divorcio fueron el abandono no voluntario y malicioso, y la injuria que importó el incumplimiento del deber alimentario. Ello no escapa a la ruptura matrimonial por divorcio, pues con el abandono no se advierte ninguna actitud dañosa del marido, más allá de lo propio de las obligaciones matrimoniales, para caer en hechos que hieran a la persona por ella misma. “Los hechos del culpable no me parecen tan graves como para sostener que, aparte de la relación matrimonial fracasada por su causa, haya tenido especial condición dañosa por su conducta, por la gravedad de su comportamiento en el orden personal.”

Aunque en Uruguay como en Argentina la jurisprudencia no es fuente de Derecho – es decir, no existe el precedente obligatorio –, es posible concluir que estos fallos, trascendentes en el ámbito del Derecho de familia, han abierto un camino difícilmente reversible. Quizá darán lugar a repensar y recrear la teoría de los daños con respecto a las relaciones familiares. Ya existe doctrina calificada que está estudiando la responsabilidad aquiliana en relación con el menor de edad. Podemos pensar asimismo en otros sujetos de derecho especialmente tutelados por la ley, como el incapaz o el anciano. Y, por qué no, el *nasciturus*, sobre cuya problemática actual – a raíz de la manipulación genética – la jurisprudencia de los países desarrollados se está manifestando constantemente.