

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DIVORCIO

*Felipe Osterling Parodi**
*Mario Castillo Freyre***

SUMARIO:

1. ***¿Es posible hablar de responsabilidad civil derivada del divorcio?***
 - 1.1. ***La tesis negativa.***
2. ***Naturaleza de la responsabilidad civil derivada del divorcio.***
 - 2.1. ***La antijuricidad.***
 - 2.2. ***El daño.***
 - 2.3. ***La imputabilidad.***
3. ***Comentarios a modo de conclusión.***

Nadie desconoce la importancia de la familia como base de la sociedad y del desarrollo humano. Del mismo modo, así como la base de la sociedad es la familia, la base de la familia es el matrimonio, que, como tal, se constituye en la fuente jurídica más importante del Derecho de Familia. Por tanto, el matrimonio es una institución social de indiscutible trascendencia.

El Código Civil vigente define esta institución en su artículo 234 con el siguiente texto:

Artículo 234.- «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

En consecuencia, esta institución posee tres características esenciales: la unidad, el sentido de permanencia y el sentido de legalidad.

La unidad se expresa en la forma monogámica, en la dirección del hogar y en la subordinación de los múltiples fines a uno superior y unitario. Por su parte, la idea

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

de permanencia es consubstancial a la vida misma de la asociación del casamiento y se ofrece en función de la necesaria y duradera protección a los hijos, objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie. Por otro lado, la legalidad se refiere a que es la ley la que preestablece, fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico inalterable para los contrayentes¹.

Todo lo cual, a su vez, tiene como premisa el consentimiento de los contrayentes, que es el acuerdo en el que se fundamenta aquello. No resulta posible hablar de un matrimonio en el que no medie consentimiento de quienes lo contraen; de aquí que sea visto como un acto jurídico, pese a los caracteres especiales que posee y que luego analizaremos.

Precisa hacer hincapié en que el vínculo matrimonial da nacimiento a una serie de derechos y deberes patrimoniales y personales entre los cónyuges. Así, las relaciones personales entre los cónyuges se deben regir sobre la base de tres principios claves: la fidelidad, la cohabitación y la asistencia recíproca.

De todo esto se sigue que cuando un matrimonio se ha contraído válidamente, es decir, siguiendo lo dispuesto por la ley en cuanto a la forma y a la ausencia de impedimentos, así como sobre la base del consentimiento de los contrayentes, se genera un vínculo entre los esposos. Este vínculo tiene como contenido una serie de derechos y deberes de naturaleza personal y patrimonial, también establecidos por la ley.

La realidad nos muestra, sin embargo, que se presentan no pocos casos en los que ese vínculo no es más que formal, abundando matrimonios en los que el fundamento de los deberes y derechos conyugales ha desaparecido. El Derecho tampoco puede ser ajeno a esta circunstancia, por lo que a la par que debe regular la institución matrimonial, debe buscar una solución jurídica al problema de los matrimonios destruidos.

Esa comprobación de la realidad determina que el matrimonio ya no sea un vínculo indisoluble, como sí lo era hasta hace algunas décadas. Mediante los Decretos Leyes N° 6889 y N° 6890 del 4 y 8 de octubre de 1930, se introdujo en nuestro sistema jurídico, entre otras innovaciones, el divorcio vincular. Esta figura persiste hasta hoy, con diversas modificaciones en su regulación, de acuerdo con los problemas que se van planteando y a la política legislativa que se pone en práctica para resolver esos conflictos.

Como señala Alex Plácido²:

Una regulación en nuestros días no puede ignorar la existencia de un número considerable de matrimonios rotos. Y la ley, si no quiere ignorar la realidad de estos matrimonios rotos, tiene que ofrecer también a esos matrimonios un remedio, una solución. Por ello, el divorcio debe establecerse en casos de matrimonios que hubieran fracasado. Se constata un hecho real y casi siempre dramático que son los

¹ VALVERDE, Emilio. *Derecho de familia en el Código civil peruano*. Lima: Ministerio de Guerra, 1942, p. 58.

² PLÁCIDO, Alex F. *Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2001, p. 23.

matrimonios irremediable e irremisiblemente rotos, frente a los cuales el Derecho debe buscar un cauce de relativa solución a través del divorcio, que sea menos gravoso que el mantenimiento de un lazo —desde el punto de vista positivo— que efectivamente no representa ya nada.

Ahora, si bien el divorcio aparece de esta forma como la respuesta jurídica al fracaso matrimonial, no debemos olvidar que él lleva implícita la necesidad de recibir un tratamiento legal adecuado, a fin de no atentar contra la institución matrimonial y la seguridad sobre la que ésta debe fundarse. Una regulación adecuada no implica una promoción del divorcio. Por el contrario, supone que, partiendo de la promoción de la familia y del matrimonio y sus fines, presenta al divorcio como una opción eficiente y eficaz para los casos en los que el matrimonio ha perdido toda su esencia, su sentido y su contenido.

Nuestro sistema jurídico diferencia, al respecto, entre la separación personal o divorcio relativo, que en un primer momento no disuelve el matrimonio, y el divorcio vincular o absoluto, que implica el decaimiento del vínculo matrimonial.

Así, la sentencia en el juicio de divorcio relativo no destruye el vínculo matrimonial; lo que produce es un efecto suspensivo de algunos efectos que han sido propios del matrimonio, como por ejemplo el deber de cohabitación. Pese a que se dice que la separación de cuerpos es la antesala al divorcio absoluto, la idea de su regulación no fue esa. Por el contrario, la razón que guió a los legisladores fue la de crear un espacio de reflexión para la pareja, a fin de propiciar una posibilidad para alcanzar la reconciliación.

El divorcio relativo se basa en situaciones de hecho que, al contravenir la esencia misma del matrimonio, adquieren relevancia jurídica, constituyéndose en causales que pueden provocar la disolución absoluta del matrimonio. Entre estas causales podemos mencionar al adulterio, a la violencia física o psicológica y a la injuria grave.

Aquellas causales, señaladas de manera taxativa por la ley, también pueden ser invocadas para la consecución de la sentencia del divorcio vincular. Esta perspectiva del divorcio sobre la base de causales específicas que representan violaciones graves a los deberes conyugales, se inserta dentro de la concepción del divorcio como sanción.

Desde esta óptica, la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges y, por ello, el divorcio supone una sanción contra el culpable que se proyecta en sus efectos, como por ejemplo, la pérdida o restricción del derecho alimentario³. El divorcio como sanción permite aplicar la teoría según la cual nadie puede invocar hechos propios; por lo que el cónyuge culpable no puede invocar su propia culpa para solicitar el divorcio.

Además de esa visión, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la concepción

³ Ibidem, p. 34.

del divorcio como remedio, para lo cual acepta la separación personal o el divorcio absoluto por petición conjunta de los esposos. La doctrina del divorcio-remedio se sustenta «en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar»⁴.

Actualmente muchos analistas de la materia sostienen que los conceptos de «inocente» y «culpable» son insuficientes para entender la complejidad de la crisis de la pareja. Por esta y otras razones, fue promulgada la Ley N.º 27495, que «incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio», toda vez que modifica algunas de las causales del Código Civil de 1984. Dicha ley, cuyos aspectos esenciales veremos brevemente más adelante, se suma al divorcio convencional y al divorcio-sanción, con fórmulas de la doctrina del divorcio-remedio.

De esta manera, nuestro sistema jurídico ha tomado la fórmula mixta, adoptando ambas concepciones al regular el tema del divorcio. En nuestra legislación conviven, entonces, ambos sistemas: el subjetivo, o de la culpa de un cónyuge; y el objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo.

No obstante que el divorcio, visto desde cualquiera de sus concepciones, tiene por finalidad poner fin al conflicto matrimonial,

Esto no quiere decir ni mucho menos que esta solución jurídica remedia todos los males que haya producido la ruptura del matrimonio. Esta ruptura supone un fracaso en la convivencia. Lleva consigo una serie de distorsiones en la propia vida de los cónyuges y, sobre todo, en los hijos. Todos esos males no los remedia la ruptura del vínculo o el divorcio. Pero lo que el divorcio busca no es el remedio de los males reales que el fracaso matrimonial haya producido, sino una solución a las situaciones en las que el mantenimiento del vínculo produce una anomalía jurídica de situaciones concretas por razón de una normativa jurídica sostenida por el Estado, o produce una especie de anomalía en relación con esos matrimonios⁵.

1. ¿Es posible hablar de responsabilidad civil derivada del divorcio?

No se puede negar que el divorcio en sí, o por los hechos constitutivos de sus causales, suele implicar, para alguno de los cónyuges, una fuente de daños o perjuicios que pueden ser tanto de naturaleza material como moral. Sin embargo, aún no hay acuerdo para determinar si estos daños pueden o deben ser reparados a través de la aplicación de la figura jurídica de la responsabilidad civil. Los diversos planteamientos que han sido elaborados pueden sintetizarse, básicamente, en dos teorías: la negativa y la afirmativa.

⁴ Ibidem, p. 35.

⁵ Ibidem, p. 11.

1.1. La tesis negativa

Como su nombre lo indica, esta posición no admite la responsabilidad civil derivada del divorcio. Entre los autores que la respaldan podemos nombrar a Bibiloni, Borda y Llambías.

Mientras Bibiloni sostiene, usando para ello a la causal de adulterio como ejemplo, que la acción del daño genera una especie de repulsión instintiva, sublevándose la conciencia moral ante semejantes reclamos⁶, Borda plantea que el pretender lucrar, en el caso de la infidelidad, con la deshonra, es contrario a las buenas costumbres y a la moral.

Llambías, por su parte, juzga como inaplicable el sistema de sanciones resarcitorias propias de las obligaciones, a los deberes de contenido extrapatrimonial, como el de la fidelidad⁷. Para el tratadista argentino, los deberes entre los esposos no son susceptibles de valoración económica y, por lo mismo, no son susceptibles de ser resarcidos por la vía de la responsabilidad civil, pues se trata de deberes morales.

Así, los argumentos en los que se sustenta esta doctrina se reducen a la incompatibilidad que existe entre la acción por daños y el Derecho de Familia. Para esta tesis, las características particulares del Derecho de Familia impiden aplicar las reglas de la responsabilidad civil.

Desde esta perspectiva, las relaciones familiares, en general, y las relaciones entre los esposos, en particular, pertenecen a un orden moral que es incompatible con el pedido de resarcimiento o con el llamar a un cónyuge culpable y al otro inocente. Los defensores de esta tesis afirman que no se debe ni se puede atribuir a uno solo de los cónyuges el fracaso del matrimonio, por cuanto las desavenencias de una pareja proceden de dificultades bilaterales relacionadas con la evolución de cada uno de sus miembros. La única culpa que se puede atribuir a cada cónyuge es la de haberse engañado acerca de sí mismo y vivir en pareja.

Para analizar estos argumentos es necesario, primero, que revisemos las principales características del Derecho de Familia, a fin de determinar si efectivamente es incompatible con la acción de responsabilidad civil.

Según expresa Emilio Valverde⁸,

La familia, asociación espontánea y natural de los que dentro de la misma convivencia cumplen los fines de la vida material y espiritual, constituye la célula primigenia, irreductible y fecunda expresión de la sociabilidad humana. De existencia universal, se ofrece con las infinitas

⁶ CIFUENTES, Santos. «El divorcio y la responsabilidad por daños». Revista *Ius et Praxis* de la Universidad de Lima. N.º 15, junio 1990, p. 61.

⁷ BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983, p. 19.

⁸ VALVERDE, Emilio. *Op cit.*, p. 7.

variantes que presenta su organización a través del espacio y del tiempo, como fuente originaria de los distintos agrupamientos sociales. Es sobre ella que se elabora y afirma en último término la vida y el desenvolvimiento de la Nación y del Estado, cuya conservación y prosperidad están vinculadas a la sana y vigorosa constitución de esa primera unidad social.

Es innegable que la familia ocupa un lugar privilegiado dentro de la estructura social. Así, la familia se constituye como la primera unidad grupal en la que se establecen un conjunto de relaciones que permiten al ser humano desarrollarse y prepararse para integrar la sociedad a la que pertenece.

Debido a sus rasgos particulares, entre los que destaca la trascendencia del elemento personal, derivado de los vínculos vitales y orgánicos que emanan de la familia, su regulación presenta, a la vez, características propias. De esta manera, la familia se encuentra regulada — en la relación interna de sus miembros y en la relación con el resto de la colectividad— por la costumbre, las creencias y la moral, así como por las disposiciones del derecho positivo.

Para Valverde⁹ es posible distinguir, según intervenga o no la acción previsor y coactiva del Estado, entre un derecho interno y uno externo en el ámbito de las relaciones familiares.

El derecho interno corresponde a las reglas formuladas por la autoridad doméstica, las cuales tienen injerencia en aquellos aspectos en los que están en juego, exclusivamente, intereses privados e íntimos de la vida familiar. El derecho externo, en cambio, está constituido por las disposiciones normativas elaboradas por el legislador, a fin de promover y fortalecer esta importante institución.

El Derecho de Familia, en términos generales, cuenta con diversos caracteres, a saber:

(a) Es un derecho de orden natural

Este rasgo se basa en la idea de que la familia es una sociedad que deviene de la unión marital que, como tal, existe antes que el Estado o que cualquier otra comunidad, y que de por sí ha ostentado, y ostenta, derechos propios. Por ende, desde esta perspectiva, se afirma que el legislador no crea el derecho sino que lo reconoce y reglamenta para lograr un funcionamiento adecuado de la sociedad.

(b) Posee un profundo carácter ético

La noción de familia implica, asimismo, un conjunto de relaciones en las que el amor es, o al menos debería ser, el elemento primario. Estas

⁹ Ibidem, p. 8.

relaciones tienen como característica la permanencia y la búsqueda de un fin ético especial que involucra la cooperación de todos los miembros del grupo vistos en forma individual, y como un todo unido sobre la naturaleza y la moral.

(c) La estructura familiar es de orden público

El fundamento de esta afirmación lo encontramos en la propia trascendencia de esta institución, que impide que el legislador pueda mantenerse al margen de la regulación de las relaciones familiares. De este modo, dentro del ámbito de lo privado, el Derecho de Familia no concede un total ejercicio de la autonomía privada de los sujetos, en tanto entiende que existe un interés superior que se debe garantizar antes que los intereses individuales.

El interés de la sociedad y el reconocimiento de un interés superior a las conveniencias individuales limita la autonomía de la voluntad: la mayoría de sus normas es de orden público, si bien la libre acción de la voluntad particular es comparativamente mayor en la esfera de lo patrimonial que en la de lo personal¹⁰.

(d) El Derecho de Familia tiene un carácter tutelar

Vinculado a lo anterior, este rasgo también tiene como punto de partida el que la familia persigue un interés social superior a los meramente personales. Así, como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico vela por su adecuado desenvolvimiento por medio de una serie de figuras y mecanismos.

Las características mencionadas se encuentran plasmadas en nuestro sistema jurídico que, al igual que en la gran mayoría de los Estados, reconoce a la familia como el principal cuerpo social. Este reconocimiento, en primer lugar, tiene como marco el artículo 4 de la Constitución Política de 1993, cuyo texto señala lo siguiente:

Artículo 4.- «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley».

A esto se suma el artículo 233 del Código Civil Peruano de 1984 que establece lo siguiente:

¹⁰ BARBERO, Omar U. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1977, pp. 94 y 95.

Artículo 233.- «La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú».

Tras lo expuesto, es evidente que el Derecho de Familia posee características peculiares que están definidas por los rasgos particulares de los derechos subjetivos familiares. Nadie niega la jerarquía de las relaciones personales sobre las patrimoniales, toda vez que es evidente que el interés general predomina sobre el individual.

Pero, en verdad, ¿es acaso suficiente esta reconocida particularidad para considerar que los principios propios de la responsabilidad civil no pueden aplicarse a los daños que pueden derivarse del divorcio?

Pensamos que la respuesta es un no rotundo. Compartimos, en este punto, el razonamiento de María J. Méndez¹¹, quien, al respecto, se pronuncia con las siguientes palabras:

La peculiaridad del Derecho de Familia no es violada porque no se deja de atender a los rasgos que distinguen a los derechos subjetivos familiares cuando, fundándose en otras instituciones del mismo ordenamiento jurídico, se sostiene que es justo reparar el perjuicio resultante de la violación de deberes jurídicos hiriente de los correlativos derechos subjetivos del cónyuge afectado.

No negamos, entonces, la particular naturaleza de las relaciones familiares que hacen del elemento moral un aspecto de gran relevancia; sin embargo, consideramos que la moral no se ve afectada con la aplicación de la responsabilidad civil. Por el contrario, pensamos que no resarcir el perjuicio causado amparándose en la ética y las buenas costumbres, sería atentar contra la moral y el principio general del ordenamiento según el cual quien causa un daño está obligado a repararlo.

De igual forma, no negamos que el contenido de los deberes conyugales es extrapatrimonial y que, por lo mismo, no se trata de obligaciones civiles. Es más, en el Tomo I de nuestro Tratado de las Obligaciones¹² ya nos hemos referido a este tema al señalar que los deberes familiares denotan la ausencia del elemento patrimonial y la preponderancia de los principios de orden moral. No obstante, ello no implica que no se pueda hablar de responsabilidad civil en los supuestos en los que el incumplimiento de estos deberes reconocidos por ley, traiga consigo la producción de un daño.

Tampoco negamos que haya situaciones en las que el denominar a uno de los cónyuges culpable y al otro inocente sea usar términos más relativos que ciertos. Sin embargo, la propia naturaleza tutelar del Derecho de

¹¹ Citada por TRIGO REPRESAS, Felix A. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Rocca, 1991. pp. 647 y 648.

¹² Véase OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú., 1994. Primera Parte, tomo I, pp. 81 y 82.

Familia es lo que ha llevado al Estado a legislar de esa manera. Se trata de brindar una regulación que promueva una conducta acorde con los deberes y derechos que forman el contenido del vínculo matrimonial, de modo que su violación, sobre la base de las causales taxativamente reguladas por la ley, suponga una serie de consecuencias de orden patrimonial que el cónyuge culpable deberá asumir a favor del inocente, como una suerte de sanción.

1.2. La tesis positiva

Luego de haber puesto al descubierto la insuficiencia de la teoría negativa, lo lógico es que nos adentremos en la teoría opuesta; esto es, que analicemos las razones en las que se fundamenta la tesis afirmativa de la procedencia de la responsabilidad con relación al divorcio.

En primer lugar, debemos señalar que esta teoría, a la que nos adherimos, ha sido aceptada en forma mayoritaria por la doctrina. Entre los muchos autores que la respaldan podemos citar a Salas, Rébora, Acuña Anzorena, Colombo, Spota, Gustavino, López del Carril, Mazzinghi, D'Antonio y Mosset Iturraspe.

Así, por ejemplo, para Salas¹³ resulta indudable que el divorcio puede engendrar perjuicios materiales y morales graves para el cónyuge inocente. De igual forma, considera que el más somero examen de las causales de divorcio pone de manifiesto que, además de la violación de un deber legal, existe un autor consciente y responsable, por lo que si ocasiona un daño, ingresa en el concepto de acto ilícito. Destaca, también, que el divorcio constituye un remedio heroico, ya que, si soluciona —mal o bien— ciertos conflictos conyugales, causa muchos perjuicios que quedan sin reparar.

Colombo¹⁴ argumenta, al aceptar la procedencia de una indemnización, que no se trata de convertir el deshonor en dinero, sino de enmendar la ofensa producida y de suprimir los efectos de la antijuricidad. No es cuestión de lucro, sino de reparación, y pese a ser verdad que puede intentarse lucrar con la desgracia, lo mismo puede ocurrir en todos aquellos casos en los que se solicita un resarcimiento por daños.

Spota¹⁵ no ampara la existencia de una contradicción entre la pretensión resarcitoria y la regla moral. Afirma que no hay ninguna limitación legal a la responsabilidad aquiliana, y si hay daño material o el daño moral adviene, no se puede negar la posibilidad de su reparación.

Por su parte, Mosset Iturraspe¹⁶ sustenta su posición aduciendo que aunque el dinero no puede borrar el daño causado, y menos si se han lesionado las legítimas afecciones, servirá —en alguna medida— para

¹³ Citado por BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Op cit.*, pp. 19 y 20.

¹⁴ Citado por BARBERO, Omar U. *Op cit.*, pp. 94 y 95.

¹⁵ Citado por BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁶ Citado por TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, p. 642.

compensar el menoscabo padecido. En todo caso, el afán de lucro, que tanto critican los que apoyan la tesis negativa, se combate con la exigencia de la prueba del daño cierto.

Podemos observar, con lo hasta aquí desarrollado, que la tesis favorable a la reparación cuenta con razones justificativas más sólidas que la doctrina negativa. Estas razones, ya esbozadas, se pueden sintetizar en una sola idea fundamental:

La reparación del daño y, por ende, la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, procede en todos aquellos supuestos en los que se presenten los elementos de esta figura jurídica; independientemente de si corresponde o no al Derecho de Familia. Las características especiales de aquel Derecho matizarán esta responsabilidad, de modo que no sean incompatibles ni se desnaturalice ninguna relación, pero ello no implica, de manera alguna, su negación.

Muchos sistemas jurídicos han asumido este criterio favorable a la acción por daños derivados del divorcio. En Francia, la jurisprudencia ha venido aceptando esta tendencia desde el siglo XIX.

En Alemania, la doctrina y la jurisprudencia —a falta de un pronunciamiento expreso de su ley positiva— admiten la reparación cuando la falta del cónyuge culpable constituye a su vez una violación de principios generales de los hechos ilícitos¹⁷.

El artículo 1453 del Código Civil Griego de 1920 formula una respuesta similar:

Artículo 1453.- «Si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del cónyuge no responsable, el tribunal puede, en la sentencia de divorcio, obligar a la parte que sea única responsable a pagar a la parte no responsable una suma de dinero en razón del daño moral».

Nuestro Código Civil de 1984, repitiendo casi a la letra lo que el Código Peruano de 1936 ya había señalado y que se basaba en el Código Suizo de 1911, dispone en su artículo 351 lo siguiente:

Artículo 351.- «Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral».

Ahora bien, no podemos concluir el análisis precedente sin antes determinar si la responsabilidad civil por los daños relacionados al divorcio atiende a los hechos que provocaron la ruptura, a las causales en que se fundan, o al divorcio vincular en sí, con independencia de la gravedad de los

¹⁷ Citado por CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, p. 67.

hechos y causales.

Si partiéramos de la base de que la responsabilidad civil derivada del divorcio atiende sólo a la configuración de alguna de las causales que dan origen al rompimiento del vínculo conyugal, nos encontraríamos dentro de una tesis positiva peligrosamente amplia. Ello, pues, significaría que bastaría probar que el otro cónyuge es culpable para que le sea imputable a éste la obligación de indemnizar.

Consideramos tal interpretación incorrecta, para lo que nos basamos, en primer término, en la opción tomada por nuestro legislador, que al señalar la distinción entre culpable e inocente lo hace con una intención punitiva. Efectivamente, si prestamos atención a los artículos 350¹⁸, 351 y 352¹⁹ de nuestro Código Civil, el empleo de aquella calificación tiene efectos de orden patrimonial en contra del cónyuge culpable, a quien se le sanciona con tales medidas.

Asunto distinto es el de la indemnización del daño que el divorcio haya podido causar y que se vincula con la concurrencia de los elementos esenciales que configuran la responsabilidad civil. No basta la declaración de inocencia o de culpabilidad sobre la base de alguna de las causales, sino que se deben analizar los hechos en los que tal causal se funda para determinar si existe o no un daño y, asimismo, si es imputable al cónyuge la obligación de reparar ese daño.

Como indica Trigo Represas²⁰:

La declaración de inocencia y la contrapartida, la de culpabilidad del otro, es por sí un desagravio, con las sanciones propias de tal régimen, pero agregarle la de daños sería excesivo. Es decir, frente al divorcio y la declaración de inocencia, no hay bases comunes para sostener la aplicación de las normas de responsabilidad por daño moral y condenar a una satisfacción pecuniaria añadida a las que la ley contempla; pero otra cosa puede suceder en los hechos que llevan al divorcio, si esos hechos tienen

¹⁸ Artículo 350. - «Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias.

Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso».

¹⁹ Artículo 351. - «Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral ».

Artículo 352. - «El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro».

²⁰ TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, p. 569.

una expansión y gravedad que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución, entrañen un verdadero daño moral a la persona del cónyuge [...].

[...] Cuando se agravien los derechos personalísimos del cónyuge inocente, es de toda justicia que se ampare los mismos aplicando las normas del Código Civil, pero teniendo en cuenta el juzgador la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepase la mera relación matrimonial, culpas y quiebras, porque en estos supuestos de gravedad se penetra en los dos regímenes, el matrimonial por un lado, con el divorcio como término final, y el daño a la persona, al margen del divorcio que no puede quedar impune.

No vemos oposición para que, además del daño moral señalado expresamente por la ley, pueda solicitarse la indemnización por daños patrimoniales.

Con respecto a la procedencia de la reparación por daños derivados del divorcio en sí, no encontramos motivos para negarla. Nuevamente sería cuestión de concordar adecuadamente las características del Derecho de Familia y las de la figura de la responsabilidad civil, probando la concurrencia de los elementos constitutivos de esta última, a la luz de los rasgos propios de las relaciones familiares.

2. Naturaleza de la responsabilidad civil derivada del divorcio

La tesis delineada corresponde, por tanto, a una teoría afirmativa no amplia, sino más bien restringida. Teniendo esto como premisa, dedicaremos las próximas páginas a reflexionar brevemente sobre la naturaleza de la responsabilidad civil que da cabida a la reparación, así como a los elementos esenciales que la configuran.

La relevancia de determinar si la responsabilidad es contractual o extracontractual, deriva de que los efectos no son los mismos, ni tampoco lo son las normas aplicables.

La naturaleza de la responsabilidad civil en los supuestos de daños planteados por el divorcio depende de la naturaleza jurídica que se le atribuya al matrimonio, pues de ello derivará que la violación de los deberes conyugales pertenezca o no al ámbito contractual.

Doctrinariamente se han esgrimido diversas interpretaciones en torno a la naturaleza del matrimonio, en las que se pueden observar, básicamente, dos direcciones distintas: La concepción del matrimonio-contrato y la del matrimonio-institución.

Así, la primera interpretación, esto es, la del matrimonio-contrato, se centra en la importancia del consentimiento para equiparar el matrimonio —aunque sin dejar de reconocer su relevancia— a la figura del contrato. La segunda, en cambio, parte de la idea de que si bien el consentimiento es la base del matrimonio válido, una vez establecido el matrimonio, queda también establecida entre las partes una

relación que ellas no pueden cambiar.

Ambas concepciones, lejos de excluirse, se integran e informan la organización matrimonial como un acto jurídico familiar que pertenece al ámbito de lo jurídico público, ostentando un grave y absoluto interés social. Tales características, propias del Derecho de Familia, convierten la idea de contrato en un mero espejismo didáctico que pretende reforzar la importancia del consentimiento, pero que de ningún modo debe hacernos pensar que el matrimonio es solamente un acto jurídico en sentido estricto.

Más correcto es afirmar que el matrimonio, sobre la base de la concepción francesa, y a pesar de que implica la necesaria existencia de un acto jurídico fundacional, es un hecho jurídico puesto que, a pesar de la relevancia que posee la voluntad de los contrayentes, éstos no determinan las reglas y consecuencias a las que se someten.

El acuerdo de voluntades entre los esposos no tiene por fin fijar las reglas a las que van a someter su unión, sino simplemente manifestar su acatamiento a las que la ley, por decisión del legislador, les señala de manera imperativa e ineludible. Falta, pues, en el matrimonio lo que es esencial en todo contrato: la facultad de los contratantes para establecer las reglas y obligaciones recíprocas y la extensión de las mismas²¹.

De todo aquello se sigue que la responsabilidad civil aplicable es la extracontractual. Resta ahora revisar la concurrencia de sus presupuestos:

2.1. La antijuricidad

Ya hemos manifestado que los hechos que constituyen causales de divorcio comprenden una gran variedad de conductas que, en su complejidad, conllevan las notas que definen comportamientos incompatibles con la vida comunitaria del matrimonio.

Esos hechos son verdaderos actos ilícitos, en tanto son violatorios de los deberes legales que impone el matrimonio²², y que como ya anotamos, autorizan al cónyuge ofendido para solicitar el divorcio relativo o el vincular por culpa de quien ha violado, dolosa o culposamente, esos deberes.

²¹ BARBERO, Omar U. *Op. cit.*, p. 223.

²² Nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia sobre los deberes conyugales, disponiendo el Código Civil de 1984 lo siguiente:

Artículo 287.- «Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos».

Artículo 288.- «Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia».

Artículo 289.- «Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia».

Artículo 290.- «Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar».

La Ley N.º 27495 modificó las causales del divorcio e introdujo la separación de hecho como una nueva causal. El artículo 333 del Código Civil Peruano de 1984 ha quedado redactado, entonces, como sigue:

Artículo 333.- «Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual o injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente comprobada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio».

Como no constituye objeto de estas páginas hacer una explicación exhaustiva de cada causal, vamos a tomar como muestra tan sólo un par de ellas: el adulterio y la separación de hecho.

(a) El adulterio

Entre los deberes conyugales destaca la fidelidad, que Roberto Brebbia²³ define como la lealtad y observancia de la fe que los esposos se deben entre sí, y que constituye un bien de contenido netamente extrapatrimonial.

Al ser el adulterio el hecho más grave de violación de la fidelidad conyugal, el cónyuge que se sienta afectado podrá pedir la indemnización por el daño moral producido como consecuencia del hecho o los hechos violatorios de la fe conyugal.

²³ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950. p. 246.

Debe tenerse en cuenta, también, lo dispuesto por el artículo 336 del Código Civil:

Artículo 336.- «No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó.

La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción».

(b) La separación de hecho

Esta nueva causal que permite la disolución del vínculo matrimonial de manera unilateral y aduciendo, incluso, hecho propio, busca menguar —de algún modo— la concepción del divorcio como sanción. Así, mientras la separación personal y el divorcio, al menos en las causales señaladas entre los incisos 1 a 11 del artículo 333 del Código Civil, da pie a que uno de los cónyuges demuestre su inocencia original, no sucede lo mismo con la separación de hecho.

Al igual que en el divorcio por mutuo consentimiento, no hay constancia alguna de culpa en los divorcios decretados sobre la base de la separación de hecho. Es decir, esta opción legislativa permite prescindir de la calificación de los comportamientos que llevaron a poner fin a la convivencia matrimonial o a la imposibilidad de continuarla manifestada por ambos esposos. Esto tiene importancia en cuanto a la posibilidad de que alguno de los divorciados demande el resarcimiento de daños sufridos.

Parece ilógico solicitar tal indemnización cuando el divorcio se da por acuerdo entre ambos cónyuges. No obstante, no sucede lo mismo si nos centramos en la separación de hecho.

La causal de divorcio por separación de hecho —figura con la que no estamos de acuerdo por diferentes razones, siendo la principal de ellas la inseguridad e inestabilidad a la que expone a la institución matrimonial— no implica necesariamente, a nuestro entender, que el cónyuge que se sienta perjudicado y pruebe el daño sufrido, así como los otros elementos propios de la responsabilidad civil, sea indemnizado.

De solicitarse la indemnización correspondiente en un supuesto de este tipo, deberá haber una valoración de los comportamientos conyugales, de modo que sea posible determinar si alguno de los esposos violó los deberes y las obligaciones conyugales.

Según refiere Plácido²⁴:

La causa adecuada se aprecia en la negativa injustificada de uno de los cónyuges de continuar o reanudar la cohabitación en el domicilio

²⁴ PLÁCIDO, Alex F. *Op. cit.*, pp. 124 y 125.

conyugal, sin que medien hechos imputables al otro que motiven tal estado; concurriendo, por tanto, como factor de atribución la culpa exclusiva de aquél.

Téngase presente que para determinar la indemnización, primero se debe establecer la existencia, en el proceso de que se trate, del cónyuge perjudicado. De no ser así, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar.

En efecto, a pesar de que esta causal legitima a que cualquiera de los cónyuges solicite la disolución del vínculo matrimonial de forma unilateral e incluso aduciendo, para ello, hechos propios, ello no supone negar que pueda ser admitida una demanda por daños y perjuicios, que implicará todo un proceso en que el juez deberá valorar las circunstancias del caso a fin de determinar si se configura la responsabilidad civil del demandado.

2.2. El daño²⁵

Otro elemento que no puede estar ausente es la existencia de un daño que derive de la conducta antijurídica del agente o causante. Ello implica que quien lo reclama haya sufrido un perjuicio que puede ser moral o patrimonial, pese a que sólo el primero ha sido expresamente admitido por la legislación.

Mientras los daños derivados del hecho ilícito constitutivo de la causal del divorcio son inmediatos, puesto que tienen una conexión causal de primer grado; los derivados del divorcio en sí son mediatos, ya que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

El daño patrimonial debe ser cierto, sin que sea suficiente el daño eventual. Esa certeza debe probarla, lógicamente, quien lo invoca. En lo concerniente al daño moral, éste también debe cumplir con aquel requisito. Aun cuando sea posible presumirse como consecuencia del hecho ilícito, salvo demostración de una situación objetiva que lo excluya, parece que si no se trata del daño derivado del hecho ilícito en sí, sino del divorcio, requiere la demostración de las circunstancias que lo configuran²⁶.

Según expresa Plácido²⁷:

²⁵ En las «I Jornadas Australes de Derecho» Argentina, Belluscio, Zannoni, Kemelmajer de Carlucci, Freytes y Méndez Costa sostuvieron lo siguiente respecto a los daños:

1. Son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y morales que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños, tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivas de la causal de divorcio, como los que provoca el divorcio mismo.
2. La indemnizabilidad del lucro cesante no comprende la reparación de perjuicios estimados sobre la base de los ingresos o la fortuna del cónyuge culpable, de lo que habría continuado participando el cónyuge inocente en el futuro si la unión matrimonial se hubiera mantenido.
3. Es indemnizable al cónyuge inocente el perjuicio cierto que provoca la liquidación anticipada de la sociedad conyugal.

²⁶ BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

²⁷ PLÁCIDO, Alex F. *Op. cit.*, p. 124.

Los daños causados son subjetivos con consecuencias personales como extrapersonales o patrimoniales. Las consecuencias personales están referidas al daño moral o la aflicción de los sentimientos, al daño al proyecto de vida matrimonial y, en no muy pocas ocasiones, se puede presentar el daño psicológico o pérdida, de diversa magnitud, del equilibrio psíquico que asume un carácter patológico.

El daño material o patrimonial, en la gran mayoría de los casos, será de menor entidad que el daño moral.

2.3. La imputabilidad

La conducta antijurídica que ha desencadenado un daño moral o uno patrimonial ha de ser imputable a su autor. Por la naturaleza de las relaciones matrimoniales y, en general, de todo el Derecho de Familia, sería absurdo plantear que el factor de atribución de la responsabilidad corresponda a un sistema distinto al subjetivo. ¿Cómo podríamos siquiera pretender ubicar a la responsabilidad civil derivada del divorcio dentro del sistema objetivo del riesgo creado?

No cabe, por tanto, otro sistema distinto al subjetivo y, por ende, es de aplicación el artículo 1969 del Código Civil.

Mosset Iturraspe²⁸ no sólo excluye la responsabilidad objetiva sino que, además, excluye la subjetiva por culpa; admitiendo de esa manera sólo el dolo como factor de atribución de la responsabilidad. Afirma que los hechos antijurídicos que corresponden a las causales de divorcio son conductas queridas y deseadas por su autor y no simples descuidos o abandonos en el obrar.

Belluscio y Zannoni²⁹, en cambio, admiten excepcionalmente, al igual que Barbero, las acciones culposas no dolosas. Como ejemplo mencionan las injurias dichas sin *animus in iuriandi*, pero que suponen conductas que son incompatibles con los deberes conyugales.

Así como debe tenerse en cuenta la existencia del dolo y de la culpa, también es imprescindible fijar el mayor o menor grado de uno o de otro. Este elemento, junto con la gravedad del daño causado —analizado sobre la base de las circunstancias que le sirven de contexto—, no puede ser pasado por alto por el juzgador que debe procurar, en cada momento, armonizar los principios generales de la figura de la responsabilidad civil, con los rasgos peculiares de la vida de pareja.

Lo difícil y complejo de las relaciones conyugales determina, por consiguiente, la necesidad de adecuar la culpa y el dolo a situaciones graves, que no sólo comporten la violación de los deberes matrimoniales y un daño

²⁸ Citado por TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, p. 656.

²⁹ BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Op. cit.*, p. 28.

correlativo. Será, entonces, labor del juez determinar si en el caso concreto, además de la sentencia del divorcio y de sus consecuentes efectos punitivos —si se trata de un divorcio por culpa de uno de los cónyuges—, el cónyuge inocente debe ser resarcido.

3. Comentarios a modo de conclusión

Por todo lo indicado, podemos concluir afirmando que carece de sentido negar la posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil extracontractual a los supuestos en los que, por situaciones relacionadas al divorcio, ya sea por ser hechos que lo desencadenan o consecuencias del mismo, se configuran los presupuestos de esta figura.

El no admitir la procedencia de una acción indemnizatoria por considerarlo ajeno al orden moral que está implícito en las relaciones de familia, no es otra cosa que una contradicción. La verdadera inmoralidad es esquivar la reparación del daño causado y dejar, por ende, una víctima —no sólo del agente causante— sino también del sistema.

Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía.

Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado.

Según expresan Alterini y López Cabana³⁰:

El Derecho común legitima los daños que resultan del ejercicio regular de un derecho; excluye el resarcimiento de otros; suele exigir factores de atribución especiales para darle lugar; no le es extraño ponderar la situación particular del llamado a responder, y la de quien se dice damnificado.

La regulación de la responsabilidad en las relaciones de familia no se puede desentender de estos conceptos genéricos. Pero, todavía, ella está incidida por conceptos como el de la denominada solidaridad familiar, que de alguna manera funde los destinos de sus miembros, o el de la designada como piedad filial. Y, fundamentalmente, es preciso no someter la relación varón-mujer a temores y amenazas crematísticas que, en definitiva, terminen desalentándola; este desaliento es alarmante, porque podría llegar a poner en crisis a la familia como núcleo social.

³⁰ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Derechos de Daños y otros estudios*. Buenos Aires: La Ley, 1992. p. 244.

De ello se deduce que no puede optarse por una aplicación indiscriminada de la responsabilidad civil en supuestos que involucren relaciones familiares; deben tenerse en cuenta los rasgos particulares de aquéllas, al momento de valorar los hechos del caso concreto y los elementos de esta figura. No podemos olvidar la trascendencia de los valores y las instituciones que están en juego.

Lima, marzo del 2003.