

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA NECESIDAD DE RESARCIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS
PRODUCIDOS POR EL DIVORCIO EN GUATEMALA**

GINO ALESSANDRO PONCE VARGAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA NECESIDAD DE RESARCIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR
EL DIVORCIO EN GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GINO ALESSANDRO PONCE VARGAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Polanco Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Saulo de León Estrada
Secretario: Lic. Carlos Humberto de León Velasco

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Adrián Antonio Miranda Pallez
Vocal: Licda. Dora René Cruz Navas
Secretaria: Licda. Viviana Nineth Vega Morales

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Luis Fernando Villatoro López.
Abogado y Notario.
Colegiado 6243.

Guatemala, 12 de Julio de 2007.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.

Estimado Licenciado Castillo:

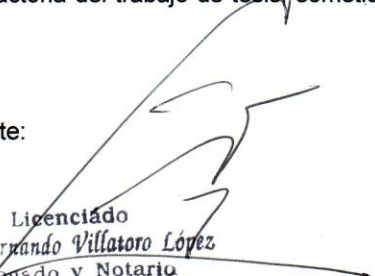
Saludándole respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de emitir DICTAMEN FAVORABLE a favor del Bachiller Gino Alessandro Ponce Vargas, como Asesor de Tesis Nombrado por la Unidad que Usted dirige, para lo cual en cumplimiento del artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito expresar mi completa satisfacción por el trabajo de tesis sometido a mi conocimiento intitulado "LA NECESIDAD DE RESARCIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR EL DIVORCIO EN GUATEMALA", en el que el Bachiller Gino Alessandro Ponce Vargas, hace un estudio profundo y concreto sobre el tema planteado, utilizando los métodos inductivo y deductivo partiendo de aspectos generales sobre el resarcimiento e indemnización por daños y perjuicios derivados del divorcio, como una especie de la responsabilidad civil derivada tanto de las causales como de las consecuencias de un divorcio.

El estudio realizado por el estudiante, establece conclusiones y recomendaciones fundamentadas en el estudio dogmático y de derecho comparado realizado, que permitió la concreción de resultados y la correspondiente comprobación de la hipótesis planteada, desarrollando el tema con profesionalismo y pleno apego al plan de investigación aprobado.

En cuanto a la bibliografía utilizada por el Bachiller Gino Alessandro Ponce Vargas, ésta es sumamente completa y adecuada para el estudio planteado, por lo que por medio de la presente, manifiesto a Usted la APROBACIÓN satisfactoria del trabajo de tesis, sometido a mi consideración.

Sin otro particular, me suscribo de Usted,

Deferentemente:


Licenciado
Luis Fernando Villatoro López
Abogado y Notario

Avenida Reforma 8-60 zona 9. Edificio Galerías Reforma. 8vo. Nivel Oficina 803.
Teléfono: 23311521 52027852

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



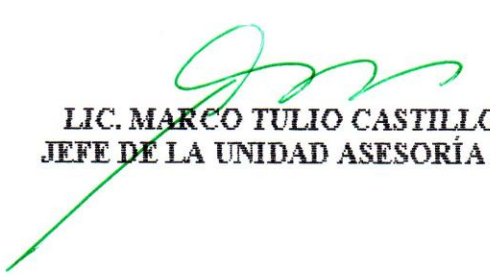
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta y uno de julio de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OSCAR ROBERTO FERNÁNDEZ MENDOZA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GINO ALESSANDRO PONCE VARGAS, Intitulado: "LA NECESIDAD DE RESARCIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR EL DIVORCIO EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, *asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"*.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/slh

LIC. OSCAR ALBERTO FERNÁNDEZ MENDOZA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 4,898
2ª. CALLE 5-40 ZONA 3, EDIFICIO PLAZA ASTURIAS 2ª. NIVEL, COBÁN A. M.

TELÉFONO: 7951 2972



Cobán, Alta Verapaz, 15 de agosto de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Estimado Licenciado Castillo:

Respetuosamente me dirijo a usted, de conformidad con la designación que se me ha conferido, según resolución de fecha Guatemala treinta y uno de julio del dos mil siete, emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, que usted se sirve dirigir, en la cual se me nombró **REVISOR DE TESIS** del bachiller **GINO ALESSANDRO PONCE VARGAS**, quien elaboró la tesis intitulada "**LA NECESIDAD DE RESARCIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR EL DIVORCIO EN GUATEMALA**", y por este medio, me permito emitir el dictamen correspondiente en base a lo siguiente:

Considero que el trabajo presentado por el sustentante Gino Alessandro Ponce Vargas es de gran importancia en la actualidad, ya que aborda un tema ampliamente discutido a nivel internacional, y poco conocido a nivel nacional, por lo que es atinada la investigación llevada a cabo, debido a que desarrolla de manera científica y técnica las consecuencias dañosas producidas por las causales del divorcio y por el divorcio en sí mismo, y la obligatoriedad de resarcirlas, ya que todo daño y perjuicio causado a una persona origina responsabilidad civil en la persona que lo produjo. Asimismo, el Bachiller Ponce Vargas realizó un estudio y análisis legal completo y diligente para determinar la procedencia de la indemnización referida, en virtud de que la legislación de Guatemala, no contiene normas jurídicas que prohíban o restrinjan el derecho que tiene una persona de que se le resarzan los daños producidos por el divorcio, el resarcimiento es factible demandarlo.

En consecuencia de lo considerado, y en cumplimiento del artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo de tesis referido, en virtud de que el mismo cumple con las técnicas y metodología adecuadas, ya que se utilizaron los métodos inductivo y deductivo en la redacción de la investigación, lográndose comprobar la hipótesis formulada, a través de un completo estudio y análisis, científico y técnico, en la materia. Asimismo, las conclusiones y recomendaciones son congruentes con el contenido, y la bibliografía utilizada es completa y apropiada para la realización de dicho trabajo. Por lo que **APRUEBO** satisfactoriamente el trabajo de tesis sometido a mi consideración, y recomiendo se sirva ordenar su impresión para ser discutido en el Examen Público de su autor. Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente.

Lic. Oscar A. Fernández Mendoza
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, quince de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GINO ALESSANDRO PONCE VARGAS, Titulado LA NECESIDAD DE RESARCIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR EL DIVORCIO EN GUATEMALA Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A Dios: Gracias por la vida y por guiarme, protegerme e iluminarme cada minuto.
- A nuestra Señora de la Inmaculada Concepción: Por ser la vía directa en mis oraciones con Dios.
- A mis papás: Mil gracias por su amor, ejemplo, esfuerzo, la confianza que tuvieron en mí y por su apoyo incondicional. Este éxito es suyo.
- A mis hermanos: Gracias por todo, por ayudarme en todo momento y por hacerme la vida más fácil en los momentos difíciles.
- A Melinna Aguilar: Por la ayuda constante y tu apoyo incondicional que me entregaste en estos últimos años, por ser la razón que me impulsó a lograr esta tesis. Gracias.
- A mis abuelitos: Por ayudar a mi formación como persona y hacer la persona que soy.
- A mi familia y amigos: Gracias por su cariño y por haberme apoyado de una u otra forma durante este trayecto de mi vida.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A: La Jornada Matutina: Una jornada de excelentes profesionales. Especialmente al Lic. Rafael Godínez Bolaños por su ejemplo, y sus enseñanzas; a la Licda. Lissette Guerra por su ayuda invaluable en la elaboración de esta investigación y por ser una excelente catedrática, profesional y persona.
- A los licenciados Luis Fernando Villatoro López y Oscar Alberto Fernández M.: Por su apoyo, dedicación y consejos profesionales en la elaboración de la presente tesis.

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. (i)
-------------------	-------------

CAPÍTULO I

1. El divorcio.....	1
1.1 Origen del divorcio.....	2
1.2 Definición de divorcio.....	3
1.3 Características del divorcio.....	4
1.4 Tipos de divorcio.....	5
1.4.1 Divorcio voluntario o por mutuo acuerdo.....	5
1.4.2 Divorcio forzoso o judicial.....	6
1.5 Causales del divorcio.....	7
1.5.1 Clasificación Doctrinaria.....	8
1.5.2 Clasificación legal en Guatemala.....	9
1.6 Fundamento de las causales del divorcio.....	19
1.7 La acción del divorcio.....	20
1.7.1 Características de la acción del divorcio.....	21
1.8 Efectos del divorcio.....	23

CAPÍTULO II

2. De la teoría general de los daños y perjuicios.....	25
2.1 Definición del daño.....	25
2.1.1 Definición doctrinaria.....	25
2.1.2 Definición legal.....	26
2.2 Características.....	26
2.3 Tipos de daños.....	27
2.3.1 Daño material o patrimonial.....	27
2.3.2 Daño personal o físico.....	28
2.3.3 Daño moral.....	29
2.3.3.1 Definición.....	29

	Pág.
2.3.3.2 Características.....	32
2.3.3.3 Presupuestos del daño moral.....	33
2.3.3.4 Naturaleza jurídica del daño moral.....	34
2.3.3.5 Clasificación del daño moral.....	34
2.3.3.5.1 Daños morales puros o subjetivos.....	34
2.3.3.5.2 Daños morales impropios, objetivos o patrimoniales o indirectos.....	35
2.3.3.6 El daño moral según la jurisprudencia Internacional.....	36
2.3.4 Diferencia entre daño moral y daño patrimonial.....	37
2.4 Definición de perjuicios.....	38
2.5 La reparación de los daños y perjuicios.....	39
2.5.1 Obligatoriedad de reparar los daños y perjuicios.....	40
2.5.2 Naturaleza jurídica de la reparación.....	41
2.5.3 Formas de reparación de daños.....	42
2.5.3.1 Reparación en naturaleza o resarcimiento en forma específica.....	43
2.5.3.2 Reparación por indemnización o resarcimiento pecuniario o por equivalente.....	45
2.5.4 La reparación de daños morales.....	46
2.5.4.1 Naturaleza jurídica de la reparación de daños morales.....	47
2.5.5 Fundamento legal de la reparación de daños y perjuicios.....	49
2.5.6 La acción civil para la reparación de daños y perjuicios.....	50
2.5.6.1 Extinción de la acción resarcitoria.....	52

CAPÍTULO III

3. Daños derivados del divorcio.....	55
--------------------------------------	----

	Pág.
3.1 Clases de daños producidos del divorcio.....	56
3.1.1 Daños producidos por las causales de divorcio.....	56
3.1.2 Daños producidos del divorcio en sí.....	60
3.2 Ausencia de regulación normativa específica.....	64
3.2.1 Aplicación de normas sobre responsabilidad	
Extracontractual.....	64
3.2.1.1 Presupuestos de la teoría de responsabilidad	
civil extracontractual.....	65
3.2.2 Inaplicabilidad de normas sobre responsabilidad	
extracontractual.....	70
3.3 Prescripción.....	72
3.4 Daño moral proveniente del divorcio.....	73
3.4.1 Culpabilidad de ambos cónyuges.....	73

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de indemnizar los daños y perjuicios producidos	
Por el divorcio.....	75
4.1 La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por	
por el divorcio según la doctrina.....	76
4.1.1 Doctrinas negatorias de la indemnización.....	76
4.1.1.1 Principio de especialidad del derecho	
de familia.....	76
4.1.1.2 Postura de la inexistencia de la obligación.....	79
4.1.2 Doctrinas que admiten la indemnización.....	81
4.1.2.1 Principio general en materia de	
responsabilidad civil.....	81
4.1.2.2 Daños que deben de resarcirse.....	83
4.1.2.2.1 Daño material o inmediato.....	84
4.1.2.2.2 Daño moral o mediato.....	84
4.1.2.2.3 Posturas amplias.....	86

	Pág.
4.1.2.2.4 Posturas restrictivas.....	87
4.1.3 Formas de resarcir los daños y perjuicios derivados del divorcio.....	88
4.1.4 Acción de reparación de daños y perjuicios.....	89
4.1.4.1 Requisitos para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el divorcio.....	90
4.2 Finalidad de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio.....	92
4.3 Efectos de la indemnización resarcitoria.....	93
4.4 La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el divorcio en el derecho positivo.....	94
4.4.1 Legislación guatemalteca.....	94
4.4.2 Legislación comparada.....	100
4.4.2.1 Argentina.....	100
4.4.2.2 México.....	104
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111

INTRODUCCIÓN

El divorcio es una institución jurídica en virtud de la cual se disuelve el vínculo matrimonial válido entre dos personas. Dicha disolución debe forzosamente ser declarada por un órgano jurisdiccional competente, y puede promoverse por mutuo acuerdo entre los cónyuges, o bien unilateralmente, por uno de ellos cuando exista causal que lo justifique. Ambas formas de divorcio provocan consecuencias jurídicas, sin embargo, en el caso del divorcio contencioso, en múltiples oportunidades, también ocasiona daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, en el excónyuge que no originó el rompimiento de la relación conyugal.

Debido a que el matrimonio conlleva una forma de vida muy particular, en la cual existe una comunidad afectiva y económica, al extinguirse aquél se extingue el patrimonio conyugal y el lazo afectivo entre el hombre y la mujer. En la mayoría de los casos, uno de los esposos resulta afectado puesto que se produce automáticamente un cambio de vida, tanto financiero como emocional, además de los posibles daños ocasionados por los hechos constitutivos de la causa o causas del divorcio, o bien por el divorcio en sí mismo.

El tema de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio es un tema ampliamente discutido a nivel internacional, por lo que ha dado motivo a variadas y diversas corrientes doctrinarias, por un lado se encuentran las posturas en contra del resarcimiento económico por dicha causa, señalando que sería juzgar dos veces el mismo hecho, y además, contrario a las instituciones del derecho de familia. Por otro lado, existen posturas a favor del pago de dicha indemnización, argumentando que deben resarcirse los daños patrimoniales y morales derivados del divorcio que resultaron de las causales del divorcio forzoso, manifestando que toda infracción a los deberes matrimoniales constituyen hechos ilícitos susceptibles de ser resarcidos, pero además, son reparables aquellos daños que ocasiona, en algunos casos, la ruptura definitiva en sí.

El resarcimiento por daños y perjuicios producidos por el divorcio, es un tópico de actualidad, en Latinoamérica es relativamente nuevo, siendo Argentina y México, dos de los países que han elaborado teorías al respecto, ampliamente discutidas en congresos internacionales. Ahora bien, en Guatemala, este tema ha sido escasamente discutido, ya que no se acostumbra solicitar el pago de daños y perjuicios producidos por el divorcio, no obstante, no existe prohibición expresa en la ley para requerirlo. Por lo que, a través de la presente investigación, se establecen los parámetros necesarios para que pueda ser aplicada la responsabilidad civil extracontractual, como fundamento, para requerir la indemnización de aquellos hechos ilícitos cometidos por uno de los cónyuges y que originaron el divorcio.

La hipótesis que fundamentó y, en torno a la cual se elaboró la presente investigación es la siguiente: *“La necesidad de solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el divorcio en Guatemala radica en las consecuencias perjudiciales que provoca el divorcio en el cónyuge inculpable, ya que el divorcio disuelve un vínculo, pero como consecuencia de dicha disolución surgen múltiples daños morales y patrimoniales para aquél, los cuales deben ser indemnizados por el consorte culpable de la disolución. El resarcimiento de este tipo de daños se basa en el principio civil de que “todo daño debe indemnizarse”, por lo que puede, él o la damnificada, solicitar la reparación correspondiente ante un Juez de Familia, ya sea a través de la misma demanda de divorcio, o bien incoando oportunamente un juicio ordinario posterior de daños y perjuicios, con el objeto de que el Juez dictamine si tiene lugar la reclamación solicitada y la cuantía de la misma, y de esta forma, se resarza económicamente a la víctima de los menoscabos patrimoniales, físicos o morales ocasionados por la o las causales del divorcio o por el divorcio en sí.”*, la cual fue comprobada en los capítulos III y IV; en el primero, al tratar lo referente a los daños producidos por las causales del divorcio, y por el divorcio en sí, ya que se evidencian múltiples detrimentos en el cónyuge inocente; asimismo, en el capítulo IV, en el cual se establece que en la legislación nacional, se regula de manera general lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual, preceptuando que todo daño debe ser reparado, por lo tanto, al no existir norma jurídica que prohíba o restrinja el resarcimiento de

daños y perjuicios provocados por el divorcio, es aplicable en Guatemala la indemnización referida.

La presente tesis intitulada “**La necesidad de resarcir los daños y perjuicios producidos por el divorcio en Guatemala**”, desarrolla ampliamente el concepto y los elementos de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños y perjuicios generados por el divorcio, y establece la importancia teórica y práctica de la implementación en Guatemala de dicha responsabilidad en el ámbito familiar, específicamente como consecuencia del divorcio forzoso.

Por lo antes expuesto, la presente investigación, se estructuró en cuatro capítulos que desarrollan suficientemente el contenido del tema de investigación, y se organiza de la siguiente manera: en el Capítulo I, se trata lo relativo al divorcio, sus características, clases, causales doctrinarias y legales, la acción procesal que corresponde y sus efectos. En el Capítulo II, se desarrolla lo referente a los daños y perjuicios, en el cual se despliegan diferentes definiciones, los diferentes tipos de daños, enfatizando el análisis en los daños morales, sus características, elementos, naturaleza jurídica, el concepto de perjuicios, la obligatoriedad de su reparación y las diversas formas de subsanarlos.

En el Capítulo III, se desarrolla el tema de los daños provenientes del divorcio, tanto los daños ocasionados por los hechos ilícitos que constituyen causales de divorcio, como aquéllos proferidos por el divorcio en sí, asimismo, los presupuestos necesarios para aplicar la responsabilidad civil extracontractual a este tipo de daños, la prescripción y la culpabilidad de ambos cónyuges. En el Capítulo IV, se despliega el núcleo de la presente investigación, la problemática referente a si existe o no necesidad de resarcir los daños y perjuicios provocados por el divorcio, incluyéndose aquellas posturas negativas y afirmativas en relación al tema, los daños que pueden ser objeto de indemnización, los requisitos que deben cumplirse para requerir la indemnización referida, la finalidad y efectos de la indemnización, y por último, su regulación legal en Guatemala, Argentina y México.

CAPÍTULO I

1. El divorcio

Previo al desarrollo de este capítulo relativo al divorcio, sus características, causales, clases y efectos, es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado Matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante por constituir el núcleo de la sociedad, ya que a través del matrimonio se integran las familias, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de la especie humana.

El Matrimonio se encuentra definido en el artículo 78 del Código Civil¹ de Guatemala, el cual establece textualmente "... es un institución social por la cual un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí."

Daniel Matta Consuegra², señala que Rafael Rojina Villegas, lo define en los siguientes términos: "el matrimonio, se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y reproducir la especie".

Ahora bien, no obstante, que el matrimonio tiene por objeto la permanencia de la vida conyugal, es bien sabido, que en muchas oportunidades la convivencia entre los cónyuges se retorna imposible, por lo que debe recurrirse a su disolución legal a través del divorcio.

En este orden de ideas, el divorcio constituye uno de los medios de disolución del matrimonio, el cual que se produce a través de una sentencia judicial, una vez se haya promovido por uno de los cónyuges con base en una causa legalmente

¹ Decreto No. 106 del Jefe de Estado de Guatemala, Código Civil.

² Matta Consuegra, Daniel. **Derecho de las personas y de la familia guatemalteco (con análisis doctrinario, legal y jurisprudencial)**, pág. 87

determinada. La disolución significa que, el matrimonio se celebró válidamente, pero por circunstancias posteriores se extingue, es decir, deja de existir el vínculo matrimonial.

1.1 Origen del divorcio

En el Derecho Romano, la disolución del matrimonio se conocía como *Divortium* y se producía por diversas razones, entre las cuales, se encontraban las siguientes:

- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes
- Por la muerte de uno de ellos
- Por *capitis diminutio*, que constituía enfermedad mental o disminución de facultades.
- Por el *incestus superveniens*, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno, por lo que los cónyuges se colocaban en condición de hermanos.
- Por llegar al cargo de senador quien estuviese casado con una liberta.
- Por la cesación de la *affetio maritalis*, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio.

En la legislación francesa no estaba permitido el divorcio, puesto que el matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado. Sin embargo, a partir de la revolución de 1739, surgió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el divorcio-contrato, y posteriormente, aparece la figura del divorcio-sanción. Asimismo, se elaboraron múltiples ordenanzas que posibilitaban demandar el divorcio en los casos siguientes:

- Adulterio,
- Por la muerte de unos de los cónyuges.
- Por la condena a pena criminal,
- El abandono del hogar.
- Los excesos

- Sevicias
- Las injurias graves del uno para con el otro
- Es decir, todo lo que hiciera intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal.

1.2 Definición de divorcio

La palabra divorcio deriva del latín *divortun*, del verbo *divertere*, que significa *irse cada uno por su lado*.

Daniel Matta Consuegra³ señala que “...en un matrimonio válidamente constituido, es posible hablar del divorcio, mismo que consiste y se conceptualiza, como la decisión judicial que pone fin una relación conyugal.”, y agrega dicho autor, “en el matrimonio es importante el ánimo de permanencia, o sea, el deseo de vivir juntos, procrear, alimentar, educar a los hijos y auxiliarse entre sí, sin embargo ese ánimo puede desaparecer por razones familiares, personales, sociales y de otra naturaleza.”.

En este mismo sentido, el doctor Jorge Mario Magallón Ibarra⁴, en un estudio sobre el divorcio, establece que “...la palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino *divertere*, que entraña que cada cual se va por su lado...”. Lo cual evidencia que es el momento en el cual la convivencia se termina, y es necesario, llevar a cabo la disolución legal del vínculo matrimonial, con el objeto de que cada cónyuge continúe su vida en forma independiente.

La Licda. María Luisa Beltranena⁵ manifiesta que “El divorcio vincular consiste en la ruptura del vínculo del matrimonio por la resolución judicial pronunciada por funcionario competente, previos los trámite y formalidades legales.”

Para el Lic. Vladimir Aguilar Guerra⁶ el matrimonio “...puede definirse también como la extinción de la relación jurídica matrimonial, producida por sentencia judicial y

³ **Ibid.**, págs. 106 y 107

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario. **Instituciones de derecho civil**, pág. 425.

⁵ Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**, pág. 156

en virtud de causas posteriores a su celebración.”. Esta definición es interesante, porque señala que las causas deben ser posteriores a la celebración del matrimonio, puesto que si fueran anteriores a éste, no podría tratarse de divorcio sino de insubsistencia o nulidad del matrimonio.

Manuel Ossorio⁷ en cuanto al divorcio establece que es la “...acción y efecto de divorciar y divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio; separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho.”.

El divorcio entonces, se configura como aquélla figura del derecho civil en virtud de la cual se disuelve el vínculo del matrimonio.

1.3 Características del divorcio

- El divorcio es una de las formas por las cuales puede disolverse el vínculo del matrimonio.
- Es una institución que debe estar establecida en la ley.
- Es una institución controvertida, pues mientras es aceptada como una solución necesaria, se excluye a la vez por considerarse como fuente de desintegración familiar.
- El divorcio deviene de causas posteriores a la celebración de un matrimonio válido.
- Es un acto que solo puede ser declarado por sentencia judicial, por lo que solo puede tramitarse ante el órgano jurisdiccional competente, con todas y cada una

⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**, pág. 105

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 260

de las finalidades establecidas en la ley, y que según Manuel Ossorio son“...la custodia, la patria potestad, el derecho de vistas o relaciones familiares a la que se llega cuando resulta inexistente la vida en común de la pareja debido a la insoportabilidad de la misma⁸.

1.4 Tipos de divorcio

Una vez que se ha determinado que el divorcio, para que sea válido, debe ser conocido y resuelto por un órgano jurisdiccional, por lo que debe constar en una sentencia, es preciso señalar que existen dos tipos de divorcio, tanto en la doctrina como en la ley, éstos son los siguientes:

1.4.1 Divorcio voluntario o por mutuo acuerdo

El divorcio voluntario se basa en una petición conjunta de los cónyuges, por lo que es imprescindible el consentimiento de ambos, de ahí el por qué se le denomina divorcio consensual.

Uno de los requisitos esenciales para que pueda solicitarse el divorcio voluntario radica, en Guatemala así como en la mayoría de países, que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio, dicho plazo contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

En palabras del Lic. Vladimir Aguilar Guerra⁹ “...el acuerdo más que una perseverancia consensual para el divorcio, revela la carencia de voluntad en la convivencia matrimonial, esto es, en definitiva, la ruptura de la comunidad material y espiritual. El cese efectivo de la convivencia conyugal no es por sí la causa de divorcio, sino en cuanto manifestación de la ruptura conyugal.”.

⁸ **Ibid.**, pág. 111

⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.**, pág. 104

El divorcio voluntario se rige a través de normas jurídicas que regulan lo relativo al fondo y al procedimiento que debe observarse en el desenvolvimiento del mismo, y que tiene por objeto, preservar el carácter solemne y justo del acuerdo al que arribaron los cónyuges. En Guatemala, como consecuencia de la seriedad de los actos que conllevan el divorcio, es preciso que cuando se solicite el divorcio por mutuo acuerdo, los cónyuges presenten un proyecto de convenio sobre los puntos contenidos en el artículo 163 del Código Civil.

En el proyecto de convenio referido se hace referencia tanto a los efectos patrimoniales, consistentes en la liquidación del régimen patrimonial, pensión en concepto de alimentos, garantías, etc.; como también, se debe de establecer la situación concerniente a los hijos, en el sentido de determinar a quién quedan confiados, derecho de visita, etc. Al juez le corresponde valorar la equidad del proyecto, puesto que puede desaprobalo, y por lo tanto, no declarar el divorcio hasta que el convenio preserve suficientemente los intereses de los hijos y del otro cónyuge. Cabe resaltar que el carácter consensual de este tipo de divorcio no excluye, de ninguna manera, el control judicial.

Al realizar un análisis del sistema jurídico de Guatemala, la causa real del divorcio voluntario no la constituye el acuerdo de los cónyuges en sí mismo, más bien, se trata de una circunstancia indeterminada, que los cónyuges no necesitan o no desean hacer pública, situación que perfectamente puede ocurrir, ya que el artículo 163 del Código Civil no obliga a los cónyuges cuando solicitan el divorcio dar a conocer la causa que los motiva a tal decisión, sino, solamente deben someter a la aprobación del juez el proyecto de convenio mencionado en el párrafo precedente.

1.4.2 Divorcio forzoso o judicial

Este tipo de divorcio es también llamado divorcio absoluto o vincular, y que según Vladimir Aguilar Guerra¹⁰ "...es llamado así en las legislaciones que no admiten

¹⁰ **Ibid.**, pág. 105

el divorcio por mutuo consentimiento...”.

En el divorcio forzoso los términos de la disolución del vínculo matrimonial no quedan fijados al arbitrio de los cónyuges, es decir, que no existe acuerdo entre éstos, ya que es requisito indispensable que uno los cónyuges invoque alguna o algunas de las causas que la ley ha fijado previamente como únicas razones para demandar la disolución del vínculo matrimonial, dichas causales se desarrollarán más ampliamente a continuación.

En el proceso judicial contencioso es necesario, pues, invocar y probar una de las causales de divorcio contempladas en el artículo 155 del Código Civil, esto significa, que para obtener el divorcio por esta vía, es indispensable la demostración de la causa en la que se funda el requerimiento del supuesto cónyuge inocente.

Este tipo de divorcio es solicitado de forma unilateral, es decir, que sólo uno de los cónyuges puede entablar la demanda respectiva, y el Código Civil de Guatemala, en su artículo 158, regula que solo lo puede iniciar el cónyuge inculpable.

1.5 Causales del divorcio

En el ámbito del derecho, existe en la mayoría de las figuras, la clasificación doctrinaria y la clasificación legal, ambas concordantes entre sí, y con la única diferencia que en la doctrina se explican ampliamente, mientras que en la ley, rara vez se explican. Es importante conocer a fondo, las causales del divorcio, a fin de poder determinar si los hechos constitutivos de las mismas, pueden generar, en un caso determinado, responsabilidad civil para el cónyuge culpable.

A continuación se desarrolla tanto la clasificación doctrinaria como la legal, a efecto, de plasmar las similitudes entre ambas, y el carácter complementario que tiene

la clasificación doctrinaria en relación a la legal, sirviendo como fundamento para conocer la razón de ser de las causales del divorcio.

1.5.1 Clasificación doctrinaria

Dentro de esta clasificación, aceptada por los tratadistas del derecho civil, las causales del divorcio forzoso o judicial se clasifican de la siguiente manera: en atención a la persona de los cónyuges y en atención a los juzgadores y a los efectos que por su naturaleza producen.

- **En atención a las persona de los cónyuges:** esta primera clasificación llamada se subdivide a la vez en tres
 - Clasificación bipartita: es la que goza de mayor popularidad entre los civilistas doctrinarios, y que consiste en clasificar a las causas del divorcio en dos grupos:
 - Culpables, siempre existe la voluntad de uno de los cónyuges.
 - Inculpables: existe falta de voluntad para originar una causal.
 - Segunda clasificación: llamada también tripartita ya que las tipifica como:
 - Criminológicas: lindan con conductas tipificadas dentro del derecho penal.
 - Culposas: dependen de la culpa de una de las partes, pero no constituyen delito.
 - Inculposas: toda causa que no dependían de la voluntad de las partes en este caso de los cónyuges.
 - Tercera clasificación: ésta fue elaborada por el jurista Luis Fernández Clérigo, y las divide en:
 - Criminológicas
 - Culposas

- Inculpables
 - Genésicas
 - Indeterminadas
- **En atención a los juzgadores y a los efectos que por su naturaleza producen.**
 - Clasificación única:
 - Dirimentes: son llamadas también perentorias, debido a que una vez probadas el juzgador debe dictar la sentencia de divorcio.
 - No dirimentes: conocidas con el nombre de no perentorias, pues consisten en que la ley concede a los jueces facultades discrecionales para calificar las causales del divorcio que se alegan por uno de los cónyuges, conforme su criterio y las pruebas que fundamentan los hechos en que se fundan.
- **Tercera clasificación: Clasificación de la doctrina francesa**
 - Perentorias: acreditando el hecho que las configuraba, los jueces estaban obligados a decretar el divorcio.
 - Facultativas: en cambio tenían un poder de apreciación discrecional, que les permitía determinar si el hecho constituía o no una violación de los derechos nacidos del matrimonio y si tornaba intolerable la vida en común, todo lo cual se presumía *iuris et de iure* en las perentorias.

1.5.2 Clasificación legal en Guatemala

Esta clasificación consiste en las diversas causales de divorcio expresamente enmarcadas en del artículo 155 del Código Civil, las 15 causas son las siguientes:

1. La infidelidad de cualesquiera de los cónyuges: Esta circunstancia se desarrolla en el momento de que uno de los cónyuges sostenga relaciones íntimas con una persona distinta al cónyuge, debilitando así el ánimo de permanencia que caracteriza al matrimonio.

Esta causal, ha sido ampliamente estudiada por la doctrina, la cual señala que dentro de los presupuestos para que el adulterio constituya causa de divorcio se encuentran fundamentalmente dos:

- De orden material, consisten en las relaciones sexuales con una persona que no sea su cónyuge, ya sea del mismo o diferente sexo.
- De orden intencional, esto es la libre voluntad de realizar ese acto.

En la doctrina, si falta uno de estos elementos, no puede alegarse el adulterio como causal para solicitar el divorcio. Por lo que, para que exista adulterio es imprescindible probar que hubo la intención de cometerlo, pues de lo contrario, no se podría aducir esta causal. En el Código Civil de Guatemala, sin embargo, no se establecen requisitos para determinar cuando existe o no adulterio, dejando a las partes en libertad para probarlo por los medios posibles, siempre y cuando sean idóneos y pertinentes.

El fundamento del adulterio, como causa de divorcio, es el mutuo deber de fidelidad, ya que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad durante la duración de la vida conyugal, sin que la infidelidad de uno autorice al otro a proceder del mismo modo. No debe olvidarse, que la fidelidad es una de las más importantes consecuencias del matrimonio monogámico de los pueblos latinoamericanos, existiendo igualdad entre el hombre y la mujer.

Otro requisito para que pueda aducirse esta causal de divorcio, consiste en que debe existir matrimonio válidamente celebrado, en el entendido de que si no es válido el matrimonio no existe adulterio.

En el capítulo III y IV del presente trabajo, se realiza un estudio completo de los daños producidos por las causales del divorcio, y por el divorcio en sí mismo, y la consecuente obligación de resarcirlos, por lo que en este capítulo únicamente se establecerá dentro de cada causal si produce o no responsabilidad civil para el cónyuge culpable. En este sentido, esta causal puede ser invocada para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios porque es una situación que surge como consecuencia de la falta de fidelidad sexual de un cónyuge para el otro, cuya conducta es totalmente voluntaria y perjudicial para el cónyuge inocente.

2. Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, la injurias graves, ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común: Es preciso determinar que este inciso comprende cuatro causales de divorcio distintas:

- Los malos tratamientos de obra: los que consisten en vejaciones que atente contra la integridad del otro cónyuge;
- Las riñas y disputas continuas: que la reiteración de dichas riñas y disputas hacen evidente la incompatibilidad de caracteres;
- Las injurias graves y ofensas al honor; y
- En general, la conducta que haga insoportable la vida en común, esta causal se caracteriza por una conducta desordenada, o bien, la reiteración de hechos no constitutivos de injurias u ofensas, pero que generan la desarmonía conyugal, como por ejemplo el desinterés de uno de los cónyuges, el descuido o desamor.

Esta causal puede constituir fuente de responsabilidad civil, y puede alegarse para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios derivados del divorcio,

porque se da una situación lesiva a la parte emocional de uno o ambos cónyuges, ya que provoca intranquilidad emocional, inestabilidad espiritual, y puede desencadenar estados depresivos que entorpezcan el normal desenvolvimiento de la persona. En este caso, se estaría ante una reparación de daños morales, porque, lo que producen los hechos narrados en este numeral, producen aflicción, dolor, ansiedad, miedo, etc.

3. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos:

Los presupuestos a valorar dentro de esta causal son los siguientes:

Que la condena se encuentre contenida en sentencia firme, lo que exige haberse llevado a cabo un debido proceso penal, basándonos en el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Que la condena se produzca por atentar contra la vida del cónyuge o sus descendientes, es importante señalar que el Código Civil guatemalteco señala la palabra *atentar*, lo que implica intencionalidad, y que se refiere tanto a la comisión como a la tentativa de un delito doloso, siendo desde luego, el bien jurídico tutelado la vida del cónyuge o de la descendencia, por tanto quedan excluidos los delitos de lesiones.

El atentado constituye dentro del ámbito del derecho penal, la tentativa, la cual genera responsabilidad penal para la persona que la realizó, y de esta forma, también genera responsabilidad civil por los daños y perjuicios que ocasione su actuar doloso. En este sentido, se puede demandar la reparación de los daños ocasionados, por constituir, esta causal un hecho ilícito.

4. La separación o abandono voluntario del hogar conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año: Esta causal se refiere a una separación de hecho basada en dos supuestos: el primero consiste en que la separación o el

abandono de la casa conyugal debe ser voluntario, y el segundo, que la ausencia sea inmotivada, es decir que no pueda ser justificada.

El cese efectivo de la convivencia debe de durar por lo menos más de un año. Se entiende por cese efectivo la situación en la cual no existe convivencia conyugal, y sólo está legitimado para invocar esta causa el cónyuge que aún permanece en el hogar familiar, pero si puede ser solicitado por ambos cónyuges dentro de un divorcio voluntario o de común acuerdo.

Esta causal también puede ser invocada para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, en virtud de que el cónyuge que abandona el hogar descuida sus deberes matrimoniales, a tal punto, que desprotege al otro cónyuge y a su hijos, ocasionando situaciones de dificultad económica para el cónyuge que permanece en el hogar, además de zozobra por tener que llevar a cabo, sin la ayuda del otro, todos los deberes del hogar y para con los hijos, lo cual produce daños patrimoniales como morales, que deben ser indemnizados.

- 5. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio:** Esta es una causa de divorcio que guarda relación con las disposiciones relativas a la filiación, porque una causa como la expresada puede vulnerar los lazos familiares, ya que al enterarse el marido que la mujer sostenía relaciones sexuales con otro varón distinto a él antes del matrimonio, y éste lo ignoraba, justifica el divorcio.

Esta causal puede ser invocada para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios por parte del marido, porque es una situación que atentó directamente contra los fines del matrimonio, y que ocasionan daños morales, ya que el marido prácticamente fue defraudado al contraer matrimonio con una mujer que le ocultó una situación que pudo haber dado lugar a que el hombre no se casara con ella, por no ser el padre del niño que espera, lo cual le ocasionó gastos, el

decaimiento de ilusiones y esperanzas fundadas en un matrimonio honesto, que puede propiciar inestabilidad emocional.

6. La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos:

En esta causa es de vital importancia resaltar que la conducta inmoral del marido, que conscientemente induce a la mujer a colocarse en situación incompatible con la vida decorosa que su calidad de esposa y madre exige, así como pervertir a los hijos, son situaciones graves que extinguen los objetivos del matrimonio, alteran el orden familiar, y además el orden público.

Las actitudes inmorales del marido mencionadas en esta causal de divorcio constituyen por sí mismas delitos, por lo que, generan tanto responsabilidad penal como civil.

7. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación o que está legalmente obligado: Esta causal radica en el incumplimiento, por parte de cualquiera de los cónyuges, de las obligaciones originadas por el matrimonio.

Los deberes de asistencia se traducen a la obligación que tienen ambos cónyuges de proveerse entre sí, y a los hijos, lo necesario para la subsistencia y la armonía familiar, como por ejemplo, la protección, la asistencia, los medios económicos necesarios para el sostenimiento del hogar, entre otros.

Asimismo, el Código Civil en el artículo 278 establece lo que debe entenderse por alimentos y señala textualmente “La denominación alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación y la instrucción del alimentista cuando es menor de edad.”.

Genera responsabilidad civil, en virtud de que los alimentos, constituyen un deber proveniente del matrimonio, y su incumplimiento ocasiona daños y

perjuicios tanto al cónyuge desprotegido como a la descendencia, colocando al culpable en la obligación de cumplir además con los alimentos no prestados, y de resarcir todo daño, que le haya proferido al otro cónyuge para conseguirlos durante el tiempo que no los haya proporcionado. Además, la negativa de proporcionar alimentos constituye un ilícito penal, por lo que genera responsabilidad penal y civil al mismo tiempo.

- 8. La disipación de la hacienda doméstica:** La expresión hacienda doméstica comprende los bienes normalmente destinados al sostenimiento del hogar, especialmente el dinero y aquellos muebles sin los cuales no puede mantenerse éste. Por lo que la mala administración de la hacienda doméstica constituye un riesgo eminentemente grave para el núcleo familiar, pues, de continuar uno de los cónyuges colocando en situación peligrosa el patrimonio de la familia, podrían quedarse en la calle, por lo que el cónyuge inculpable debe remediar y detener dicha situación inmediatamente, y lo más aconsejable, es que demande el divorcio para proteger a su descendencia y protegerse a sí mismo.

Esta causal puede ser invocada para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, porque evidencia los menoscabos que le ocasionó al núcleo familiar, tanto materiales como morales. Sin embargo, se debe prever que el culpable tenga los medios económicos para cumplir con su responsabilidad pues de lo contrario sería inútil solicitarla.

- 9. Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal:** Si se analiza cuidadosamente esta causal, existen diferentes supuestos, configurándose cada uno de ellos, a excepción del juego, como motivos para incurrir en la declaración del estado de interdicción, además, de ser situaciones que evidencian la falta de armonía familiar y razones suficientes para que existan discrepancias entre los cónyuges.

Esta causal perfectamente puede ser solicitada para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios, puesto que ocasionó mermas considerables, tanto a nivel patrimonial como moral, ya que por un lado pudo provocar la ruina de la familia, y además, constituyen factores que hacen imposible la convivencia conyugal, porque dichos extremos alteran la conducta de las personas, tornándolas agresivas y ofensivas.

10. La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge

contra el otro: En virtud de que los cónyuges al celebrar su matrimonio, se comprometen a apoyarse, auxiliarse, y protegerse mutuamente, el denunciar un cónyuge al otro, o peor aún, acusar calumniosamente al otro cónyuge, son circunstancias que reflejan que la solidaridad y el amor, base fundamental del matrimonio, se han perdido, por lo que los fines del matrimonio se ven coartados y lo más conveniente es disolver legalmente la unión, previamente disuelta con el actuar doloso del cónyuge culpable.

Además se establece, que es necesario que para que esta causal se constituya como motivo para demandar el divorcio, dicho extremo se debe de comprobar ante el órgano jurisdiccional correspondiente, a través de la aportación de pruebas documentales.

Puede demandarse la reparación de daños y perjuicios, ya que constituyen hechos lesivos a la persona en su aspecto moral, social y emocional, los cuales deben ser resarcidos, para que pueda nuevamente desarrollarse en forma normal dentro de la sociedad.

11. La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra

la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años: para poder invocar esta causal para demandar el divorcio, es necesario fundamentarla en sentencia firme. Los hechos descritos en este numeral son constitutivos de divorcio debido a que evidencian el peligro en que

podrían colocarse a la familia de continuar el matrimonio, primero, porque uno de los cónyuges tiene conductas inmorales y contrarias a los principios familiares, y además porque para algunas personas, más de cinco años es un periodo en el cual necesita físicamente al otro cónyuge para cumplir con los deberes del hogar, y difícilmente se podrán lograr cuando uno de ellos se encuentre privado de libertad. En este sentido, algunas personas, han manifestado que es imposible mantener una relación afectiva con un delincuente y durante tanto tiempo separados.

Esta causal puede ser solicitada para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios, puesto que el estar privado de libertad por la comisión de un delito, aunque no haya sido contra el patrimonio de la familia en sí, ocasiona mermas considerables, tanto a nivel patrimonial como moral del cónyuge y de los hijos, los cuales deben ser resarcidos.

12. La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia: Tres características han de reunirse en el cónyuge enfermo: gravedad, incurabilidad y la contagiosidad de la enfermedad, con efectos perjudiciales al otro cónyuge o a la descendencia, ya que ponen en peligro la salud, bien público de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala, del otro cónyuge y de los hijos, por lo que debe prevenirse esa situación, puesto que si todos se contagian podría provocar la muerte de ellos, lo cual sería nefasto para la sociedad pudiéndose haber evitado.

Esta causal no puede ser invocada para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios cuando la enfermedad surge sin culpa del cónyuge enfermo o por causas genéticas. Sin embargo, podría solicitarse el resarcimiento de daños y perjuicios cuando el cónyuge enfermo, estuviere en excelente situación económica, y haya propiciado, por descuido, negligencia o conductas inmorales el contagio de la enfermedad grave, incurable y contagiosa, pues fue el mismo cónyuge quien descuidó los deberes matrimoniales y colocó en una situación

altamente riesgosa al otro cónyuge o a sus hijos, pudiéndoles haber provocado hasta el fallecimiento.

13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio: En este supuesto es importante resaltar que la impotencia a la que se refiere esta causal debe de originarse posteriormente a la celebración del matrimonio, ya que si esta proviniera anteriormente a ésta, encuadraría en una causa de anulabilidad del matrimonio, según el artículo 145 del Código Civil guatemalteco.

Se configura como causal de divorcio en el sentido que el matrimonio, en Guatemala, es una institución social que tiene como uno de los fines, la procreación, y al sobrevenir la impotencia, es imposible cumplir con dicho fin, por lo que el matrimonio puede quebrantarse, al quedar sin uno de los motivos que dieron lugar a su otorgamiento.

14. La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción: La enfermedad mental debe ser incurable, así lo establece la ley, y ha de privar a la persona de autogobernarse, es decir, que se encuentre en un estado mental que le prive de discernimiento. Sin embargo, para alegar esta causa de divorcio debe probarse científicamente el estado del otro cónyuge, o bien, presentar el auto en el cual se declara el estado de interdicción.

Esta causal no puede ser invocada para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios porque es una situación que surge, y que es ajena a la voluntad del cónyuge en estado mental deficiente.

15. Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme: Es importante hacer alusión que la sentencia a la que se refiere ésta causal debe de ser ejecutoriada, es decir, que no exista ninguna notificación pendiente, ni recurso alguno que pueda interponerse; y su

naturaleza es de carácter estimatoria, pues el juez la puede desestimar por circunstancias que considere pertinentes.

En esta causal podría demandarse el pago de daños y perjuicios, cuando el cónyuge que solicite el divorcio, no haya dado lugar a la separación.

1.6 Fundamento de las causales del divorcio

Las causas enumeradas anteriormente presuponen la infracción de deberes matrimoniales, y en algunas ocasiones, la comisión de faltas, e inclusive delitos, por uno de los cónyuges, en estos casos, el divorcio emerge como una sanción al esposo culpable que ha cometido alguna violación a las obligaciones y deberes que provienen del matrimonio. Dentro de la doctrina moderna se han establecido los siguientes postulados como fundamento para determinar si es válida la causal de divorcio alegada por el cónyuge inculpable:

- **La causa debe surgir durante el matrimonio:** Los hechos cometidos por uno o ambos cónyuges, sólo puede ser considerados como causales del divorcio, si aquéllos han surgido durante el matrimonio. Los sucesos ocurridos antes del matrimonio no pueden ser retenidos como causas del divorcio.
- **La causa debe ser provocada por el cónyuge demandado:** La ley exige que en toda demanda de divorcio por causal determinada, es preciso que los hechos en que se basa, hayan sido realizados por el cónyuge quien le son imputados. Es un requisito que el cónyuge demandante sea inocente, es decir, que no puede invocar los hechos provocados por él y los cuales son los generadores de las desavenencias matrimoniales, pues de lo contrario violaría el principio de que *nadie puede prevalecer en justicia de su propia falta*.
- **La reciprocidad de faltas en los esposos no sirven de excusas:** La infracción a los deberes que impone el matrimonio por uno de los cónyuges, no excusan

las que a su vez haya cometido el otro cónyuge. Esto significa, que las injurias del marido no excusan las de la mujer. Sin embargo, cuando la causa de divorcio tiene su origen en un acto ilícito, deshonesto e inmoral, imputable a uno de los esposos, el culpable no podrá invocar la existencia de dicha causa de divorcio cuando la haya consentido tácita o expresamente durante el matrimonio.

1.7 La acción de divorcio

La acción de divorcio, como se mencionó, puede llevarse a cabo de mutuo acuerdo, a través de un procedimiento en la vía voluntaria, o bien, en forma contenciosa, mediante un proceso ordinario. En ambos casos, quien debe conocer y resolver, debe ser un juez de familia.

Por motivos del presente trabajo, se desarrollará únicamente el procedimiento que se utiliza en el proceso ordinario, en virtud de que para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el divorcio, forzosamente debe existir alguna causal, que haya proferido daños y perjuicios al cónyuge inculpable, quien además, debe promover el proceso de manera unilateral ante el órgano jurisdiccional competente.

El Código Procesal Civil y Mercantil¹¹ de Guatemala, regular regula la forma de resolver cuestiones de divorcio, siendo ésta la vía ordinaria (Art. 96 y 97), complementada con las disposiciones establecidas para el divorcio en la vía voluntaria (Arts. 427, 431, 432, 433 y 434 del mismo cuerpo legal) cuyo procedimiento es el siguiente:

- Interposición de la demanda (Ver: Arts.61, 106 y 107 CPCyM)
- Primera Resolución y Notificación (Ver: Art. 66 CPCyM)
 - Se complementa con el Art. 427 del mismo código, el cual establece, que el Juez al darle curso a la solicitud, deberá decretar la suspensión

¹¹ Decreto-Ley No. 107 del Jefe de Gobierno, Código Procesal Civil y Mercantil

de la vida en común y determinará cuál de los cónyuges se hará cargo de los hijos, y fijará provisionalmente una pensión alimenticia.

- Emplazamiento (Art. 111 y 112 CPCyM)
 - Plazo: 9 días
 - Interposición de Excepciones Previas: deben interponerse dentro de los 6 primeros días del periodo de emplazamiento. Por medio de la Vía Incidental (Ver Art. 135 a 140 de la Ley del Organismo Judicial -LOJ-)
- Período de Prueba
 - Plazo: 30 días
 - Periodo extraordinario: hasta 120 días
- Vista (Ver Art. 142 LOJ)
 - Plazo: 15 días
- Auto para mejor Fallar (Ver: Art. 197 CPCyM)
 - Plazo: 15 días
 - De oficio o a solicitud de parte.
- Sentencia (Ver: Art. 142 LOJ)
 - Plazo: 15 días
 - Se complementa con el Art. 431 del CPCyM, que señala que cumplidos los requisitos referentes al Proyecto de Convenio, el juez dictará sentencia la cual será apelable.
 - Además, el Art. 432 y 433, indica que en cualquier estado del proceso, incluso después de la sentencia de divorcio, pueden los cónyuges reconciliarse, extremo que deberá ser inscrito en el Registro Civil y de la Propiedad, si fuere pertinente, a través de resolución judicial.

1.7.1 Características de la acción de divorcio

Las características de la acción de divorcio, a nivel doctrinario y legal, son las siguientes:

- **Caducidad de la acción de divorcio:** La caducidad se caracteriza por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, del derecho o de la obligación, por el sólo transcurso del tiempo; y para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción.
- **Carácter personalísimo de la acción de divorcio:** La acción personalísima es aquella que sólo puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la ley, es decir, que no puede ser intentada por los herederos, ni los acreedores podrán substituirse al cónyuge inocente por el interés pecuniario que tuvieren para intentar la acción. El cónyuge menor de edad sí puede hacer valer directamente la acción de divorcio aunque es asistido por un tutor, igualmente que el mayor de edad incapacitado por enajenación mental.
- **La acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón expreso o tácito:** La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, en cualquier estado en que se encuentre y aún después de dictada la sentencia, siempre y cuando no haya causado ejecutoria. En este caso, los interesados deben denunciar la reconciliación al juez, pues la omisión destruye los efectos que pudiera producir. No todas las causas de divorcio son susceptibles de perdón, sólo lo son las que constituyen hechos inmorales, delitos, o conducta culposa; los que implican hechos imputables, como estados mentales deficientes, la locura, enfermedades crónicas incurables, contagiosas y hereditarias, no pueden ser reconciliables.
- **La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualesquiera de los cónyuges:** Sin importar las consecuencias jurídicas de la culpabilidad o inocencia, y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido, aún cuando de ellas resultare plenamente probada la causa de divorcio, la muerte extingue la acción.

- **La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo:** Como se estableció anteriormente, solamente el cónyuge que no ha cometido ninguno de los hechos que conforman las causales del divorcio, puede interponer, ante el órgano jurisdiccional competente, la demanda de divorcio.

1.8 Efectos del divorcio

En el Código Civil de Guatemala, en el artículo 159, se establecen los efectos comunes para la separación y para el divorcio, siendo éstos los siguientes:

- La liquidación del patrimonio conyugal.
- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable, en su caso.
- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de parte interesada.

Posteriormente, en el referido cuerpo legal, se expresan los efectos propios del divorcio, que a continuación se enumeran:

- La disolución del vínculo conyugal, ya que una vez decretado por sentencia firme el divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, según el artículo 161 de nuestro Código Civil.
- La mujer culpable o no, pierde el derecho de usar o continuar usando el apellido del marido, 171 del Código Civil de nuestro ordenamiento jurídico.
- El parentesco por afinidad se extingue, según artículo 198 del Código Civil de Guatemala; sin embargo, para los efectos de contraer matrimonio subsiste el parentesco, ya que el artículo 88 numeral 2º. de nuestro Código Civil

establece: “que tiene impedimento absoluto para contraer matrimonio los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad.”

- Extinción, respecto de ambos excónyuges, del derecho de sucesión intestada.

CAPÍTULO II

2. De la teoría general de los daños y perjuicios

2.1 Definición de daño

2.1.1 Definición doctrinaria

El término daño se refiere a todo mal material o moral. Etimológicamente la palabra daño, de acuerdo a algunos juristas, procede de la voz latina *damnum* que significa pérdida, perjuicio o gasto.

En cuanto al concepto mismo de daño, Cabanellas¹² lo define como "...deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes.". A lo largo del desarrollo de esta figura, la doctrina define al daño como la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto, producida por un hecho o acto, ya fuere voluntario o producto de la negligencia, impericia o imprudencia. Dentro del derecho civil, la palabra daño representa el detrimento, aminoración o menoscabo que, por acción de otro, se produce a una persona en su patrimonio o en su misma persona.

Es importante resalta que la afección de un bien jurídico provoca el surgimiento de la responsabilidad cuando el daño sea de carácter trascendente y cause lesiones corporales, patrimoniales o morales. Si la conducta está tipificada en una ley penal origina la responsabilidad penal y da lugar a la imposición de una pena, y solamente en ocasiones, la imposición del pago de una indemnización por los daños ocasionados; y si por el contrario, se ocasiona detrimento al patrimonio o a la moral de una persona, se traduce en responsabilidad civil.

El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de ignorancia, negligencia o casualidad que medie entre el autor y el efecto. En principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar

¹² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 471

consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

Rafael Piña Varo¹³, en su diccionario de derecho, define el daño como "...la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.". Esta definición se debe entender en el sentido de daño material, sin olvidar que aquél también puede ser moral y físico.

2.1.2 Definición legal

En Guatemala, la definición legal de daño se encuentra establecida en el Art. 1434 del Código Civil, Decreto-Ley No. 106, el cual en su parte conducente preceptúa: "...Los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio...", esta definición legal se aplica a cualquier daño, variando únicamente la figura del acreedor por agraviado.

2.2 Características

Según la Licda. Rosa Corea¹⁴ para que surja un daño reparable es necesario que existan determinadas características o requisitos:

- La reparación del daño se inspira en la armonía y equilibrio que orienta al derecho y que constituye su elemento animador.
- En el mundo jurídico el daño puede provenir de dolo, culpa o caso fortuito, según surja de la intención, negligencia o casualidad entre el agente y el resultado.

¹³ Piña Varo, Rafael. **Diccionario de derecho**, pág. 230

¹⁴ Corea Villeda de Batten, Rosa Amelia. **El daño**. Revista jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 82.

- La asistencia, previsión y la garantía, son la base complementaria de la obligación de reparar el daño.
- El daño tiene una traducción económica.

2.3 Tipos de daños

Los daños pueden ser de tres tipos: materiales, morales y físicos, según sea o sobre quién o qué recaiga la afección sufrida, como consecuencia del actuar doloso o imprudente de otra persona, a continuación se desarrollan los tres conceptos mencionados para observar la diferencia y el objeto propio de cada uno.

2.3.1 Daño material o patrimonial

El daño material es el menoscabo que sufre una persona en su patrimonio. Manuel Ossorio¹⁵ señala que el daño puede ser de dos tipos: material o moral, siendo el primero de éstos, como el acto que, directa o indirectamente, afecta a un patrimonio, a aquellos bienes (cosas o derechos) susceptibles de valuación económica.”.

Es decir, que el daño es la destrucción material, total o parcial, de bienes, siendo independientes los efectos patrimoniales, o de otra índole, que el acto origine. Los daños patrimoniales o económicos son las pérdidas sufridas en el patrimonio de una persona, los que deben ser indemnizados íntegramente.

En la práctica, se ha planteado la interrogante de cómo deben valorarse este tipo de daños para ser reparados, una corriente señala que el valor del daño es el equivalente al valor objetivo de mercado del bien destruido, otra corriente indica que la valoración consiste en la diferencia entre el valor del patrimonio dañado y el que éste tendría de no haberse producido el daño.

¹⁵ Ossorio Manuel, **Op. Cit.**, pág. 194

2.3.2 Daño personal o físico

Comprende el menoscabo sufrido en el cuerpo de la misma persona, es decir que consiste en lesiones corporales, por lo que la víctima tiene derecho al pago de los gastos de curación y a los daños o perjuicios que resulten de su incapacidad física, según sea total o parcial.

El daño a la salud y la indemnización por muerte están comprendidos dentro del concepto de daño a la persona. En Guatemala, se encuentran regulados los daños físicos en el Art. 1655 del Código Civil, el cual preceptúa: “Si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios que resulten de su incapacidad corporal, parcial o total para el trabajo, fijado por el juez en atención a las siguientes circunstancias:

- 1o. Edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada;
- 2o. Obligación de la víctima de alimentar a las personas que tengan derecho conforme a la ley; y
- 3o. Posibilidad y capacidad de pago de la parte obligada.

En caso de muerte, los herederos de la víctima, o las personas que tenían derecho a ser alimentadas por ella, podrán reclamar la indemnización que será fijada de conformidad con las disposiciones anteriores.”.

Los daños que sufren las personas respecto a su integridad corporal pueden consistir en las lesiones, pérdida de alguno de los sentidos o de la vida misma, entre otros, y que deben ser indemnizados mediante sumas dinerarias que cubran el valor del tratamiento que tienda a recuperar o restablecer la salud, así como los medicamentos y los perjuicios producidos por los daños sufridos.

Según De Cossio y Corral¹⁶ “...existe una antigua jurisprudencia que admite que la persona a quien se le ha cometido daño en su integridad física debe ser resarcida pecuniariamente, y si son varias las personas que han concurrido en la comisión de un mismo delito están obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Esta jurisprudencia se basa en los principios romanos de dolo, solidaridad y violencia.”.

2.3.3 Daño moral

La figura del daño moral tiene sus orígenes en la doctrina francesa, donde fue denominada como *damages morales*, siendo común también en la legislación referente a la familia del common law, como en la germano-románica. Este tipo de daño, consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual inferidos a una persona por un suceso dañoso.

Durante mucho tiempo, una gran parte de cuerpos legales en América Latina, no reconocían directamente los daños morales, debido a que ofrece falta de certeza el poder valorarlos e indemnizarlos, y fue hasta que el daño tuvo una influencia considerable en el espíritu y desenvolvimiento de la persona, que se empezaron a valorar, con el objeto de que sean también indemnizables. Esta corriente es una tendencia en la actualidad, hasta el punto que pueden solicitarse además de los daños morales, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por dichos daños.

2.3.3.1 Definición

Según la Licda. Rosa Corea¹⁷ el daño moral es la “lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos, o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otra”. El daño moral se considera una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial ya que radica en las repercusiones anímicas o espirituales.”.

¹⁶ De Cossio y Corral, Alfonso. **Instituciones de derecho civil**, pág. 321

¹⁷ Corea Villeda de Bätten, Rosa Amelia. **Ob. Cit.**, pág. 83

Jaime Santos Briz¹⁸ considera que "...daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir los que no acarrearán ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiosas y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado...".

El daño moral afecta a la psiquis de una persona, como consecuencia a la trasgresión a sus derechos personalísimos, ya sea a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier otro que altere el normal funcionamiento mental o espiritual de una persona.

En la actualidad, el daño moral se considera una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un estado emocional diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho o acto dañoso, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

El daño moral es subjetivo, y es proporcionalmente directo con la parte afectiva del ser humano, es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede provocar diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto. Por lo que puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador. Son, pues, estados del espíritu de cierta forma eventuales y, por su propia naturaleza, variables de persona a persona ya que, como es sabido, cada cual siente y experimenta a su modo.

Brebbia¹⁹ establece que "...El aspecto objetivo de la personalidad moral comprende el honor, el nombre, la honestidad, la libertad de acción, la autoridad paterna, la fidelidad conyugal y el estado civil. El aspecto subjetivo, en cambio, las

¹⁸ Santos Briz, Jaime. **La responsabilidad civil**, pág. 141

¹⁹ Brebbia. **El daño moral**, pág. 268

afecciones legítimas, la seguridad personal e integridad física, la intimidad, el derecho moral del autor sobre la obra y el valor de afección de ciertos bienes patrimoniales...”.

Al momento de determinar la responsabilidad civil por daños morales, en la esfera civil, la indemnización de este tipo de daños, ha suscitado fuertes polémicas. Los partidarios afirman que existe un mal comprobable, y que la reparación de daños no se circunscribe únicamente a los daños materiales, sino también deben resarcirse los que afectan la estabilidad emocional de una persona, con el objeto que no vuelvan a ser transgredidos, en este sentido de Cossio y Corral²⁰ señala que “...los diversos planos en que se desenvuelve la actividad del hombre, inclusive la simple actividad de la conciencia, son los que caracterizan los aspectos de la responsabilidad. Sin embargo una visión de conjunto lo reduce a dos aspectos trascendentales: el jurídico y el moral... Dicha distinción no significa que la inclusión de un hecho en uno de los dos aspectos lo excluya del otro, al contrario.”. La postura opuesta señala que existe una imposibilidad de estimarlos por los cuantiosos litigios que podría originar su admisión generalizada y lo arbitrario que se tornaría la valoración de los mismos.

El Código Civil Federal de México, en su Art. 1916 señala “por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”

En Guatemala, el Código Civil señala respecto de los daños morales en su Art. 1656: “En caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determinará en proporción al **daño moral** y a los perjuicios que se derivaron.”

²⁰ De Cossio y Corral, Alfonso. **Ob. Cit.**, pág. 325

2.3.3.2 Características

Las características del daño moral, infiriendo de los elementos que conforman su definición, son las siguientes:

- El daño moral afecta a la psiquis de una persona, como consecuencia a la trasgresión a sus derechos personalísimos.
- El daño moral es subjetivo, en el sentido de que lo que sería ofensivo o lesivo para una persona no lo es para otra, y viceversa.
- Altera el normal funcionamiento mental o espiritual de una persona.
- Se traducen en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.
- La responsabilidad civil puede resultar de la violación simultánea de valores morales y detrimento de bienes materiales, por lo que los daños morales no excluyen a los materiales y viceversa.
- Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente o bien, indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos.

2.3.3.3 Presupuestos del daño moral

De conformidad con De Cupis²¹ la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: "...la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado."

Al respecto explica el citado autor "...Y es en base, a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial...", y agrega "...daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial."

Asimismo, un presupuesto del daño moral consiste en que éste puede recaer sobre la persona afectada directamente por el daño, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquiera persona podrá interponer una demanda por daño moral, sólo podrán impetrarla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales.

Por otro lado, se considera que un presupuesto básico para que un daño moral se considere resarcible, consiste en que en el ámbito del derecho no se resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino solamente aquellos que sean efecto de un evento dañoso, o bien de la disminución o privación de un bien jurídicamente tutelado, y sobre el cual la víctima tenía un interés legítimo. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, ya que estos podrán ser resarcibles en la medida que sean consecuencia de una lesión a la facultad de actuar dentro de parámetros normales, misma que se ve frustrada y que se refleja en la no satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

²¹ De Cupis, Danno. **Teoria generale della responsabilità civile**, pág. 122.

2.3.3.4 Naturaliza jurídica del daño moral

Para abordar este punto y establecer la naturaleza jurídica del daño moral, es preciso recordar que este tipo de daño es eminentemente subjetivo o personal, ya que como se mencionó anteriormente, afecta directamente a la parte emocional del ser humano, puesto que determinado suceso puede desencadenar diferentes estados de ánimo en una persona y otros muy diferentes en otra.

La naturaleza jurídica del daño moral consiste entonces, como en todo daño, en resarcir el menoscabo o detrimento sufrido, en este caso, en la parte afectiva de una persona como consecuencia de la ocurrencia de actos lesivos que vulneraron su paz y tranquilidad emocional y espiritual.

Para determinar la esencia del daño moral, señala Francisco de Asís García²² “... el camino más seguro es que el que nos lleva a proceder a una serie de aproximaciones sucesivas que llevan a incluir los límites en forma clara... la primera aproximación se centra en el daño jurídico dentro de una categoría más amplia del daño en sentido vulgar. El segundo paso ya dentro del daño en sentido jurídico, nos enfrenta con la naturaleza del bien atacado para calificar el daño como patrimonial o extramatrimonial, según aquel tenga uno u otro carácter...”.

2.3.3.5 Clasificación del daño moral

2.3.3.5.1 Daños morales puros o subjetivos

Los daños morales puros o subjetivos son aquellos que no trascienden de la esfera de los sentimientos, lo que significa que no tienen repercusiones en el patrimonio de una persona, puesto que consisten en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Algunos autores niegan la existencia de daños morales impropios o impuros, puesto que señalan que al tener

²² García Serrano, Francisco de Asís, **Anuario de Derecho Civil**, Pág. 806

repercusión directa en el patrimonio, dejarían de ser morales para convertirse en patrimoniales.

Algunos autores señalan que el daño moral propio o subjetivo está constituido por la ansiedad, angustia, dolor, preocupación, o el sufrimiento de una persona, el cual turba su tranquilidad, sosiego y altera las condiciones normales en las que se desenvuelve la vida de una persona.

Esta contraposición tiene un valor limitado, porque no puede determinarse, con carácter general, si un daño moral tendrá o no repercusión en el patrimonio de quien lo sufre. A este respecto, señala la jurisprudencia española que el daño moral es puro ya que no acarrea ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

2.3.3.5.2 Daño morales impropios, objetivos o patrimoniales indirectos

Los daños morales impropios o patrimoniales indirectos son todos aquellos que repercuten, de forma indirecta, en el patrimonio de la víctima, es decir, es aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social.

La importancia de esta clasificación radica en el momento de la valoración de los mismos, es decir, para fijar la cuantía de la indemnización, ya que es evidente que, ante una situación ilegal que produzca daños morales el juez debe determinar la indemnización según el daño haya trascendido o no al patrimonio de quien lo sufre.

El daño moral objetivo está representado por la ayuda o socorro, afectivo o material, que se ha perdido como consecuencia de un daño. Se considera que el daño moral es indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el quebranto a un bien no patrimonial. Tal distinción no es novedosa, surge de la teoría general del daño, siguiéndose los mismos

parámetros para conceptuar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De esta manera se determina que así como el daño patrimonial es una consecuencia posible, pero no necesaria, del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

Algunas legislaciones de América Latina, aun sostienen que si no se evidencia el daño sufrido no puede ser sujeto de reparación económica.

2.3.3.6 El daño moral según la jurisprudencia internacional

La jurisprudencia francesa ha establecido que daño moral, es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño.

La jurisprudencia argentina pronuncia que daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

La jurisprudencia española ha desarrollado ampliamente esta figura, así la sentencia del 28 de febrero de 1964, con ocasión de un accidente automovilístico, señala en uno de sus considerandos que los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar las víctimas del accidente hasta su estado de sanidad, eran constitutivos de daño moral. El Tribunal Supremo, señaló en dicho caso, que más que los daños físicos el tribunal tuvo en cuenta los dolores y sufrimientos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones.

La jurisprudencia española determina, que la fijación del monto por daño moral es de sumamente difícil de fijar ya que no se halla sujeto a tarifas objetivas, ni a procedimiento matemático alguno, por cuanto corresponde atenerse a un criterio fluido

que permita computar todas las circunstancias del caso, en todo caso, es conveniente asesorarse de informes periciales según el caso.

La jurisprudencia de Colombia considera que daño moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

2.3.4 Diferencia entre daño moral y daño patrimonial

Antiguamente el derecho codificado centró su atención en el resarcimiento de daños que menoscababan el patrimonio, y cuyos resultados negativos eran evidentemente valorables. Progresivamente, se ha ido ampliando la esfera del resarcimiento de daños hacia aquellos que no son tangibles, sino que han perjudicado la psiquis o tranquilidad de una persona.

Un sector de la doctrina se ha inclinado por calificar de extrapatrimonial todo daño que no produce repercusión en el patrimonio de la víctima. Este criterio ha sido debatido en el sentido de que resulta inapropiado no resarcir daños y perjuicios ocasionados en el ánimo o espíritu de una persona, solamente por no ser bienes palpables, ya que como establecía una sentencia española “si el honor no es valorable, tampoco es valorable la vida?, y si se acuerda una indemnización de daño a la viuda e hijos del que ha sido víctima de un homicidio; por qué no acordarla también al perjudicado por el delito de injuria o calumnia?”.

La mayoría de los tratadistas, entre ellos Rovelli, señalan que el daño moral resulta ser la contraposición del daño patrimonial, indicando que el daño moral o extramatrimonial es aquel que no produce repercusión sobre el patrimonio material, sino, en ocasiones, de modo indirecto. Sin embargo, cabe mencionar que la persona constituye un todo, compuesto por un cuerpo y un alma, los cuales no tienen un valor

traducible a dinero, pero que al ser afectados o deteriorados pueden propiciar repercusiones en su patrimonio. Por ejemplo, un empresario al caer en una fuerte depresión o ansiedad producida por un daño de índole moral producida por otra persona, puede desencadenar que no vaya a trabajar, descuide su clientela e incluso quiebre su negocio.

Ahora bien, es preciso señalar que el daño moral constituye solamente una parte de los denominados daños extrapatrimoniales, ya que existe otra variedad de valores de naturaleza intangible que también pueden ser sujetos de valoración pecuniaria, ya que éstos engloban los daños físicos y los morales.

Cuando se distingue entre daño patrimonial y daño moral, el criterio para llevar a cabo la diferenciación, no radica en el carácter diferente del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho.

2.4 Definición de perjuicios

El perjuicio es la ganancia lícita que deja de obtenerse, o desméritos o gastos que se ocasionan por un acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar. Couture²³ define el perjuicio como “...una modalidad del concepto más amplio del daño...”.

En materia de responsabilidad civil, el daño se encuentra generalmente relacionado con el concepto de perjuicio, que resulta ser la categoría opuesta del daño emergente. Por lo que, el perjuicio o lucro cesante, se configura principalmente, por la privación de aumento patrimonial o por la supresión de la ganancia esperada. En la legislación guatemalteca, el concepto de perjuicio se encuentra contenido en el Art. 1434 del Código Civil que señala en su parte conducente “...los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

²³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.**, pág. 568

La valoración de los perjuicios se efectúa de conformidad con las ganancias lícitas que la cosa, persona o el bien afectado dejaron de producir. La indemnización de perjuicios provenientes de daños, ya sean patrimoniales o morales, comprende regularmente no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren ocasionados a su familia o a un tercero.

2.5 La reparación de los daños y perjuicios

Es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Esta reparación puede versar sobre la restauración del bien o cosa dañada, o sobre una Indemnización por la cual se resarce económicamente el daño causado, o el perjuicio provocado, por una persona o un tercero por los que debe responder.

La ocasión de un daño provoca la obligación de repararlo, así lo determina la legislación de Guatemala al establecer en el Art. 1645 del Código Civil que toda persona que cause un daño a otra, sea o no en forma intencional o culposa, está obligada a repararlo. Asimismo, el Código Procesal Penal de Guatemala²⁴, establece en el Art. 125 que el efecto de la acción civil comprende la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, conforme la legislación respectiva.

Es preciso señalar que el derecho a obtener la reparación, consiste en un conjunto de principios, normas jurídicas y procedimientos que tienen por objeto garantizar la irrepetibilidad de las violaciones y volver las cosas al estado que tenían antes de que se cometiera el daño, y de no ser posible, reparar mediante un equivalente.

En todo caso, quien demande la reparación de daños de carácter moral, por responsabilidad contractual o extracontractual, deberá acreditar fehacientemente la ilicitud de la conducta del sujeto activo y en qué consiste el daño que directamente le hubiere causado determinada conducta. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan

²⁴ Decreto No. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal

un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material.

Por lo regular, la valoración del daño moral es discrecional, es decir, que el monto de la indemnización la determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cabe resaltar la discrecionalidad de la valoración, ya que lo que puede ser ofensivo y dañino psicológicamente para una persona no necesariamente lo es para otra, por ello la apreciación económica es facultativo del juzgador.

La indemnización por daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida o deterioro del patrimonio de una persona, sino también las ganancias lícitas que se dejan de percibir, y ese valor únicamente puede ser determinado monetariamente según las repercusiones, que dentro del patrimonio del afectado, haya podido obtener el acto ilícito o culpable.

2.5.1 Obligatoriedad de reparar los daños y perjuicios

La obligación de reparar los daños radica en el supuesto de que si se causa un daño no justificado a otra persona, en virtud del cual se menoscaba su patrimonio, o se ocasionan lesiones corporales o morales, el autor debe responder mediante el resarcimiento, ya sea *in natura* o a través de una indemnización.

La reparación debe consistir preferentemente en el restablecimiento de la situación anterior a él, y solamente cuando no sea posible, deberá proporcionarse una indemnización o pago total de los daños y perjuicios, de orden económico y moral, que permita compensar al agraviado.

Existen requisitos indispensables para que surja la obligación de reparar o resarcir los daños, éstos son los siguientes:

- Que se haya cometido una acción u omisión dolosa o culposamente que haya producido un daño o perjuicio.
- Que exista una relación de causalidad entre la conducta del infractor y el resultado dañoso o perjudicioso provocado.
- Que exista una determinación económica del daño o perjuicio.
- Que la víctima lleve a cabo la acción o pretensión para hacer efectiva la reparación.

El Código Civil guatemalteco señala quién queda obligado a resarcir los daños y perjuicios causados, según el Art. 1657: “Si varias personas son culpables del daño o perjuicio derivado de hecho ilícito, serán solidariamente responsables, salvo que pueda determinarse la parte de daño o perjuicio causado por cada una. El que haya pagado la totalidad de la indemnización podrá repetir contra cada uno de los otros por la parte que fije el juez, según el grado de participación de cada cual en el hecho, y si no fuere posible determinarlo, por partes iguales.”.

2.5.2 Naturaleza jurídica de la reparación

La finalidad de la indemnización por daños y perjuicios es estrictamente resarcitoria, es decir que se trata de reparar el daño ocasionado a la víctima, en su patrimonio, en su persona o en su moral.

La reparación de daños constituye un remedio para procurar restablecer las cosas al estado que tenían antes de que ocurriera el detrimento o aminoración de bienes, ya sean de carácter corpóreo o incorpóreo. Cuando la reparación no puede llevarse a cabo in natura, se procede entonces a resarcir a través de un equivalente,

que en la mayoría de los casos constituye una cantidad dineraria, fijada por el Juez, de conformidad con las circunstancias propias del caso concreto, en el sentido, de que como se estableció en líneas anteriores, los daños morales tienen un carácter eminentemente subjetivo.

El carácter resarcitorio de la indemnización de los daños y perjuicios se refleja en la necesidad de procurarle a la víctima de los daños un medio idóneo para redimir las lesiones ocasionadas.

2.5.3 Formas de reparación de daños

Existen dos tipos de reparación: la restitución y la indemnización. La restitución implica el regreso de las cosas, bienes o situaciones al estado que tenían antes de que sufrieran los daños y/o perjuicios. Mientras que por el concepto de indemnización debe entenderse una cantidad dineraria que debe cubrir cualquier daño valorable económicamente y que sea resultado de daños físicos, patrimoniales o morales y las ganancias lícitas que se dejaron de percibir como consecuencia del daño.

Coincido con lo consignado en la revista jurídica, elaborada por estudiantes de la maestría en derecho civil y procesal civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en cuanto a que la falta de regulación expresa acerca de las formas en que puede llevarse a cabo la reparación de los daños y perjuicios, y la falta de uniformidad de las normas específicas, tanto en el Código Civil como en el resto del ordenamiento jurídico guatemalteco, despierta la inquietud acerca de cuáles son dichas formas, cómo debe proceder la víctima para demandar el resarcimiento de los daños y cuándo o cómo puede escoger entre una u otra forma. A diferencia del Código Civil de Alemania, que en su Art. 249 señala: “La víctima de un daño personal o material puede optar por su reparación in natura o por equivalente”, asimismo, el Código Civil Italiano estipula en el Art. 2058: “El dañado puede pedir la reparación en forma específica, simple o en parte. En todo caso el Juez puede disponer que la reparación se produzca sólo por equivalente, si la reparación en forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor”.

Según la tradición jurídica se conocen dos formas distintas de cumplir con la obligación de reparar los daños: la primera, la reparación en naturaleza o resarcimiento en forma específica, y la segunda, la reparación por indemnización o resarcimiento pecuniario o por equivalente

Sin importar la forma que se adopte para la reparación del daño, debe responder a la finalidad de resarcir al agraviado del daño que se le ocasionó. En Guatemala, la elección entre las formas para solicitar la reparación del daño o perjuicio corresponde a la víctima, siempre y cuando el ordenamiento jurídico no prevea alguna forma de manera expresa, o cuando previendo un tipo de resarcimiento sea imposible de llevarse a cabo por el infractor.

En la legislación española, por ejemplo, en materia de daños morales, la víctima tiene derecho a que la sentencia en la que se reconoce su derecho al honor, intimidad u otra circunstancia similar, sea publicada, asimismo, que se publique la rectificación correspondiente por el ofensor.

En todo caso, el resarcimiento en forma específica, deberá atender a las circunstancias del bien objeto del daño, en el sentido de evaluar si es único en su especie o si puede ser sustituido, ya sea por reparación, reconstrucción, destrucción o curación, este último caso en cuanto a daños físicos o corporales. Este tipo de reparación es la idónea, si fuera posible realizarla por el tipo de bien o sus características, en el sentido que mediante la misma, se retornan las cosas al estado anterior a la violación del derecho.

2.5.3.1 Reparación en naturaleza o resarcimiento en forma específica

Este tipo de reparación consiste en borrar los efectos del acto lesivo, esto es del daño, restableciendo las cosas al estado anterior a él. La reparación *in natura*, como

también se le conoce, tiene por objeto el arreglo de la cosa dañada o la sustitución de la misma por otra igual, o bien la eliminación de la causa que provoca el daño.

Según la Licda. María Luisa de Aqueche²⁵ “...esta forma de indemnización consiste en borrar los efectos del acto lesivo, esto es del daño, restableciendo las cosas al estado anterior a él...”.

Como ejemplos en la legislación guatemalteca, se pueden citar los Arts. 1672 que prescribe que el perjudicado tiene derecho de exigir que cese la causa que motiva el daño o perjuicio y además la indemnización si procediera. Asimismo, el Art. 1670 señala que quien se halle amenazado por un daño ocasionado por un edificio, obra, instalación o árboles tiene derecho a exigir al propietario que tome medidas para evitar el peligro, estas medidas se refieren específicamente a que se destruya la obra, edificio o instalación, o bien que se corte el árbol, y además, si se causaron daños físicos o patrimoniales, por ejemplo la destrucción de una pared medianera, se repare la misma a través de su nueva construcción, entonces por un lado se puede pedir que cese la causa y que se repare el daño.

En la legislación española, por ejemplo, en materia de daños morales, la víctima tiene derecho a que la sentencia en la que se reconoce su derecho al honor, intimidad u otra circunstancia similar, sea publicada, asimismo, que se publique la rectificación correspondiente por el ofensor.

En materia de reparación de daños causados al medio ambiente, generalmente, la reparación se hace de dos maneras: por un lado, se condena al causante del daño a reparar los menoscabos producidos; y por otro lado, se le constriñe para que proceda a la cesación o disminución de las actividades lesivas al ambiente, mediante la realización de obras necesarias y pertinentes para evitar que se sigan produciendo los mismos

²⁵ Sandoval de Aqueche, María Luisa. **Elementos fundamentales en el estudio del derecho de obligaciones**, pág. 47

daños y efectos negativos. Esta forma de reparación será ampliamente desarrollada en el Capítulo III del presente trabajo.

En todo caso, el resarcimiento en forma específica, deberá atender a las circunstancias del bien objeto del daño, en el sentido de evaluar si es único en su especie o si puede ser sustituido, ya sea por reparación, reconstrucción, destrucción o curación, este último caso en cuanto a daños físicos o corporales. Este tipo de reparación es la idónea, si es posible, en el sentido que mediante la misma se retornan las cosas al estado anterior a la violación del derecho.

2.5.3.2 Reparación por indemnización o resarcimiento pecuniario o por equivalente

A esta forma de reparación se le denomina también *reparación in fine* y tiene por objeto proporcionar a la víctima un equivalente en dinero por los daños causados, previa estimación de su valor.

El efecto de la responsabilidad civil proveniente de daños es la indemnización, la cual según Guillermo Cabanellas²⁶ es: “El resarcimiento económico del daño o perjuicio causado”.

La indemnización comprende las diversas consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, ya que todo daño es susceptible de reparación y toda reparación implica una posible valoración pecuniaria por responsabilidad civil.

La obligación de reparar pecuniariamente el daño a modo de restituir la situación patrimonial que con anterioridad tenía el particular, se lleva a cabo generalmente a través de la indemnización, en nuestra legislación se aplican ambas teorías, por un lado se aplica la teoría de la culpa que da lugar a la responsabilidad subjetiva del agente que

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.**, pág. 364

causa el daño, y por otro lado, se determina la responsabilidad objetiva, en cuanto a que es la producción del daño la determinante de la responsabilidad, mismo que debe ser imputable, para que sea posible su reparación.

Cuando no es posible la reparación por resarcimiento o “in natura”, el agraviado tiene derecho de recibir una cantidad dineraria, o bien mediante la entrega de bienes en especie, para reparar los intereses que le hayan sido lesionados. El equivalente pecuniario se calcula de acuerdo a los daños y perjuicios ocasionados en base al principio de equidad.

Este tipo de resarcimiento puede proceder en los casos en que la reparación en forma específica represente una mejora de la cosa dañada en relación con el estado que tenía antes de que se ocasionara la lesión, en este caso, la suma debe moderarse a fin de evitar, como se mencionó anteriormente, un enriquecimiento indebido por parte del damnificado. El ejemplo más usual consiste el resarcimiento de daños morales, ya que este tipo de daños no se pueden apreciar materialmente, por lo que se requiere de una valoración realizada por expertos.

El fundamento legal en Guatemala, se encuentra ubicado en el Art. 1645 del Código Civil, ya que incluso el nombre del Capítulo Único del Título VII del Libro V, se denomina “todo daño debe indemnizarse”.

2.5.4 La reparación de daños morales

La jurisprudencia española determina, que la fijación del monto por daño moral es una cuestión difícil de valorar, ya que su fijación no se halla sujeta a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, por cuanto corresponde atenerse a un criterio flexible que permita computarlos de acuerdo con todas las circunstancias del caso concreto.

El resarcimiento del daño moral engloba, implícitamente, la reparación de perjuicios patrimoniales. La regla general para valorar los daños morales señala que la gravedad del ilícito o del evento dañoso es un factor que, en la mayoría de las ocasiones, puede servir al juez para determinar la cuantía de la indemnización. Sin embargo, no se debe dejar de tomar en cuenta, que el ilícito será computable si existe implicado un factor subjetivo de responsabilidad. Como la culpa, la negligencia, la imprudencia o el dolo, es decir el la voluntad manifiesta de una u otra forma.

Algunos estudios²⁷ referentes a la reparación de daños morales señalan que en ciertos casos el dinero es capaz de borrar, ya sea total o parcialmente, un evento dañoso. El pago de una suma dineraria permite, por ejemplo, al que sufrió el daño acudir a un psicólogo que pueda tratar su problema y que de esta forma pueda reingresar a la sociedad sin los traumas producidos por un determinado acto lesivo a su estabilidad interior, o bien, para que mediante un tratamiento progresivo alivie las aflicciones espirituales o psíquicas. Asimismo, la publicación de una sentencia condenatoria, o incluir inserciones en los periódicos, podrán atenuar las consecuencias de una calumnia o difamación, por ejemplo.

2.5.4.1 Naturaleza jurídica de la reparación de daños morales

En cuanto a la naturaleza de la reparación del daño moral existen dos grandes líneas de pensamiento que tratan su naturaleza jurídica. Por una parte, está la corriente francesa que considera que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una verdadera sanción al ofensor entre los que se ubica Demogue, Ripert y Savatier, puesto que parte de considerar que los derechos morales lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles. Establece la doctrina francesa que la indemnización lo que procura en realidad en la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, ya que el resarcimiento de los daños y perjuicios no tiene carácter resarcitorio sino ejemplar.

²⁷ Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. **Anuario de derecho civil**, pág. 20.

La otra postura, conformada por la mayoría de los autores a nivel mundial, considera que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Hoy en día, se ha tratado de conciliar ambas ideas, estimando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente, propugnando esta postura la doctrina española.

A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o la aflicción. En la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto. Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

La doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitiva, en el sentido de que la reparación del daño moral si bien no atiende a la restitución de un patrimonio se dirige a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción que tiene un carácter de compensación al sufrimiento que se ha causado.

Asimismo, esta última doctrina señala que el que sea difícil demostrar la realidad del dolor, de la angustia, intranquilidad o de las aflicciones, y más aún, que ese dolor o en general los sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa, bajo ningún punto de vista, que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es bien sabido que la valoración económica de los daños morales no se hace con fines de compensación propiamente dicha, sino más bien, para reemplazar mediante un equivalente en dinero un bien o valor extrapatrimonial destruido, dañado, o disminuido, cumpliendo la indemnización un rol satisfactorio, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del suceso dañoso, pero se le otorga al ofendido un medio eficaz de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

Otra teoría sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, y en este sentido, no aplica el término de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

2.5.5 Fundamento legal de la reparación de daños y perjuicios

En cuanto a la reparación del daño, el Código Civil de Guatemala, en su Art. 1645 se señala expresamente: “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”. Se entiende que el resarcimiento debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior al daño, y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral que permitan compensar a la víctima.

Si en caso, los daños y perjuicios fueran consecuencia de la comisión de un delito, el cuerpo legal mencionado establece, en el Art. 1646: “El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.”

Como ejemplos en la legislación guatemalteca, se pueden citar los Arts. 1672 que prescribe que el perjudicado tiene derecho de exigir que cese la causa que motiva el daño o perjuicio y además la indemnización si procediera. Asimismo, el Art. 1670 señala que quien se halle amenazado por un daño ocasionado por un edificio, obra, instalación o árboles tiene derecho a exigir al propietario que tome medidas para evitar el peligro , estas medidas se refieren específicamente a que se destruya la obra, edificio o instalación, o bien que se corte el árbol, y además, si se causaron daños físicos o patrimoniales, por ejemplo la destrucción de una pared medianera, se repare la misma a través de su nueva construcción, entonces por un lado se puede pedir que cese la causa y que se repare el daño.

En el caso específico de los daños morales, el Código Civil expresa, en el Art. 1656: “En caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron.”

2.5.6 La acción civil para la reparación de daños y perjuicios

El ejercicio de la acción civil para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios le corresponde al agraviado, y se refiere a la petición que debe formular ante el órgano jurisdiccional competente para que se reparen los daños y/o perjuicios que se le hayan producido. Esta acción puede ejercitarse personalmente, o como integrante de un grupo, sociedad, asociación, etc. Lo cual significa que sólo podrá ejercer la acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, la víctima o sus herederos.

Se ha considerado como víctima o afectado a las siguientes personas:

- La persona directamente ofendida;
- El cónyuge o el conviviente de hecho
- El hijo o padre adoptivo
- Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad
- Al heredero, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;
- Los socios, accionistas o miembros, respectos de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan;
- Los representantes legales de las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se haya constituido con anterioridad a la perpetración del delito.

Los terceros podrán iniciar esta acción por los derechos propios lesionados, como también por daños provenientes de hechos ilícitos, o bien por la falta de ejecución dolosa o fraudulenta de obligaciones y/o contratos.

La acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios puede ejercitarse de varias formas:

- **Mediante un Proceso Penal:** En el supuesto de que los daños y perjuicios sean consecuencia de la comisión de un delito, en este caso el agraviado o quien tenga derecho de ejercer la acción debe constituirse como actor civil dentro del procedimiento en la oportunidad que corresponda.

Debe tenerse presente que, los daños y perjuicios ocasionados deben provenir directamente de la comisión de un hecho ilícito. Asimismo, es preciso señalar que según el Art. 126 del Código Penal de Guatemala, se puede ejercitar la acción reparadora en forma alternativa, esto significa que el agraviado puede plantearla en el procedimiento penal y ante tribunales del ramo civil, sin embargo, una vez admitida en un proceso penal no se puede deducir nuevamente un proceso civil independientemente, sin desistimiento o declaración de abandono de la instancia penal, así también, una vez planteada en la vía civil no podrá ser ejercida en un procedimiento penal.

- **Mediante un Proceso Civil:** en este caso debe iniciarse un Juicio Ordinario²⁸ ante los tribunales del ramo civil, para cobrar una Indemnización por daños y perjuicios, se utiliza esta vía debido a que se trata de un asunto que no tiene vía procesal específica en la cual se deba dilucidar.
- **Mediante un Proceso Arbitral:** A nivel mundial se reconoce y recomienda, en las diversas legislaciones, como vía alterna para resolver conflictos, el

²⁸ Véase: Art. 96 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, Decreto- Ley No. 107 del Jefe de Gobierno.

procedimiento arbitral, en virtud de que mediante éste, las partes arriban a un mutuo acuerdo y disponen la forma de llevar a cabo el proceso.

Es decir, que las partes pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios mediadores las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho, o bien decidir, al surgir el conflicto, dilucidar el asunto a través de esta vía, cuando no exista objeción legal que lo impida. El arbitraje se diferencia de la transacción, en que en realidad se trata de un juicio, pese a no celebrarse ante los tribunales, y las partes no resuelven sus diferencias mediante recíprocas concesiones, sino que encargan a un tercero la decisión. La resolución adoptada por los árbitros se denomina laudo arbitral y tiene la eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser ejecutables de manera forzosa por los tribunales ordinarios

2.5.6.1 Extinción de la acción resarcitoria

La acción resarcitoria se puede extinguir por las siguientes causas:

- **Por desistimiento:** el agraviado o actor, según el código Procesal Civil y Mercantil y el Código Procesal Penal de Guatemala, puede desistir del proceso en cualquier etapa del mismo, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que señala la ley.
- **Por transacción:** La acción civil para la reclamación de resarcimiento de daños y perjuicios causados provenientes de un acto o hecho ilícito, puede ser objeto de transacción, sin embargo, la acción penal para acusar y castigar el delito que dio origen al daño, no se puede transar cuando se trate de delitos perseguibles de oficio por el Ministerio Público.
- **Por prescripción negativa, extintiva o liberatoria:** En Guatemala el plazo para ejercitar la acción reparadora proveniente de responsabilidad civil, se

encuentra regulado en el Art. 1673 del Código Civil, el cual preceptúa: “La acción para pedir la reparación de los daños o perjuicios a que se refiere este título, prescribe en **un año**, contado desde el día en que el daño se causó, o en que el ofendido tuvo conocimiento del daño o perjuicio, así como de quien lo produjo.”

Asimismo, el Art. 1513 del cuerpo legal referido, amplía la norma señalando a partir de cuando corre el plazo cuando se trate de daños provenientes de faltas o delitos: “Prescribe en un año la responsabilidad civil proveniente de delito o falta, y la que nace de los daños o perjuicios causados en las personas...La prescripción corre desde el día en que recaiga sentencia firme condenatoria, o desde aquel en que se causó el daño.”

CAPÍTULO III

1. Daños derivados del divorcio

En el presente capítulo se tiene por objeto desarrollar los diversos daños y perjuicios, tanto materiales como morales, que el divorcio puede causar, ya que es preciso establecer, que no cualquier daño es resarcible, pues de lo contrario el divorcio se convertiría en una causa de enriquecimiento ilícito para el cónyuge que los demande.

En este orden de ideas, es conveniente resaltar, que las sanciones propias del proceso de divorcio impuestas al cónyuge culpable encuentran su fundamento en el derecho de familia, mientras que la fijación de una indemnización para la reparación de los daños y perjuicios causados por los hechos constitutivos de las causales del divorcio, o del divorcio en sí, encuentra su fundamento en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual, en este sentido, se puede afirmar que no se castiga dos veces el mismo comportamiento, en virtud de que cada sanción apunta a un aspecto distinto del obrar antijurídico, el divorcio al aspecto familiar y la indemnización al aspecto patrimonial, aspectos que se desarrollarán posteriormente en el Capítulo IV.

Ahora bien, es preciso señalar que el cónyuge inocente en un proceso de divorcio no siempre podrá requerir el pago de una indemnización reparadora, por lo que se debe tener presente que la posibilidad de resarcir los daños y perjuicios derivados del divorcio, no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio contencioso, ya que solamente se podrá otorgar dicha indemnización cuando coexisten todos los presupuestos que conforman la responsabilidad civil extracontractual.

3.1 Clases de daños producidos por el divorcio

En la doctrina moderna que se encarga del estudio de este tipo de daños, se encuentran diversas posturas, por un lado se hallan aquellos que apoyan el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el divorcio, y por otro lado los que la niegan.

A la vez, dentro de la postura que apoya el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el divorcio, se encuentran los juristas que señalan que este tipo de acción reparadora solamente puede tener lugar en aquellos casos en los cuales los daños y perjuicios son provocados directamente por los hechos que conforman las causales del divorcio y no por los que son producto del divorcio en sí²⁹; ahora bien, se encuentran además los partidarios de este último supuesto, quienes argumentan que también los daños que surgieron durante y por la tramitación del divorcio, hasta su respectiva finalización, son indemnizables bajo este acápite.

3.1.1 Daños producidos por las causales de divorcio

La doctrina y la jurisprudencia, sobre todo la jurisprudencia de Argentina, distingue entre los daños originados por los hechos constitutivos de las causales del divorcio y los daños y perjuicios producidos por el divorcio en sí, señalando los seguidores de esta postura que el divorcio en sí mismo, como proceso, no puede dar lugar a la acción de reparación de daños y perjuicios.

La inocencia es condición *sine qua non* para reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por la transgresión de los deberes matrimoniales que dan origen a solicitar a un órgano jurisdiccional la declaratoria de divorcio. Por ello, se establece que si ambos cónyuges son culpables del rompimiento del vínculo

²⁹ Uriarte, Jorge A. **Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio**, Pág 128

matrimonial, la indemnización pretendida por uno de ellos, también culpable, no es procedente.

Se establece que en la debida aplicación de los principios generales que informan al derecho privado, debe admitirse la obligación de reparar todo daño causado las causales del divorcio, ya que con ello no se vulnera la institución del matrimonio, ni se alteran los principios propios del derecho de familia, sino al contrario, se impide que quede impune un daño por aquél cónyuge quien a sabiendas lo cometió.

Zannoni³⁰ menciona en su libro que en el caso de la indemnización por daños producidos por las causales del divorcio, "...por lo general, se tratará del daño moral que provoca la lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos del inocente: por ejemplo, en el adulterio, se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario y malicioso del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia; en las injurias graves, muchas veces se lesionará el derecho al honor. Otras veces, se lesionarán derechos subjetivos inherentes a la persona, anteriores al matrimonio, como el derecho a la vida, en caso de tentativa de homicidio.”.

Asimismo, esta corriente manifiesta que el deber de no dañar debe estar más presente en las relaciones de familia que en otras esferas del campo civil. Por lo que, el daño producido por un cónyuge al otro, lejos de merecer una situación privilegiada, debe constituir un agravante, en virtud de que son mayores los deberes de actuar con prudencia y plena responsabilidad dentro del ámbito familiar, por lo que se enfatiza en el principio civil que reza que no se puede dañar sin responsabilidad.

Según Santos Cifuentes³¹ en los últimos años se advierte una tendencia doctrinal a restringir los casos en que procede la invocación de tales hechos como fuente de daños, y aclara dicho autor, "...restringir, no negar”.

³⁰ Zannoni, Eduardo A. **Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio vincular**, pág. 1

³¹ Cifuentes, Santos. **El divorcio y la responsabilidad por daño moral**, pág. 308

Zannoni³² señala que una sentencia del plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina falló respecto de la reparación de este tipo de daños de la siguiente manera: "...por mayoría, ha resuelto que es reparable el daño moral que es consecuencia de los hechos que dieron causa al divorcio".

Así pues, para ilustrar lo expresado, en cuanto a la procedencia del reclamo resarcitorio del cónyuge inocente del divorcio, corresponde analizar si la actuación del otro configura una conducta ilícita que implique legítimas ofensas para el requirente y, en el caso haber sufrido constantes vejámenes y abusos, físicos o morales, éstos deben ser evidentes y deben ser probados por cualquier medio científico que denoten gravedad e irregularidad el desempeño normal de la vida social y familiar del cónyuge agraviado.

Las causales de divorcio en Guatemala, como se ha indicado, se encuentran contenidas en el Art. 155 del Código Civil, las cuales fueron ampliamente desarrolladas en el Capítulo I³³ de la presente investigación, estableciéndose además, en cada una de ellas si son susceptibles de provocar la reparación de los daños y perjuicios que un cónyuge le pudiere ocasionar al cónyuge inculpable, con motivo del divorcio. Por lo que, sintéticamente, se puede determinar que solamente las siguientes causales pueden generar responsabilidad civil extracontractual en Guatemala:

- La infidelidad de cualesquiera de los cónyuges.
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, la injurias graves, ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común.
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos.
- La separación o abandono voluntario del hogar conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año.

³² Zannoni, Eduardo, **Ob. Cit.**, pág. 3

³³ Véase: el punto 1.5.2 Clasificación legal de las causales del divorcio, págs. 9 a la 18 de la presente tesis

- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio.
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación o que está legalmente obligado.
- La disipación de la hacienda doméstica.
- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años.
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia.
- la separación de personas declarada en sentencia firme

De las quince causales que enumera el Art. 155 mencionado, trece son hechos ilícitos, ya que algunas consisten en infracciones a deberes matrimoniales, y otras, constituyen verdaderos ilícitos penales, los cuales al generar responsabilidad penal producen la consecuente responsabilidad civil extracontractual. Las dos causales de divorcio que no producen la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados por las causales del divorcio son las siguientes:

- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio.
- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción.

3.1.2 Daños derivados del divorcio en sí

Luego de indicar los fundamentos de la procedencia de la indemnización por los daños producidos por las causales del divorcio, es preciso establecer si, además, el resarcimiento de este tipo de daños puede aplicarse a aquéllos daños producidos por el proceso de divorcio como tal.

En este punto es preciso determinar si la situación que genera el divorcio, aun para el cónyuge inculpable, es en sí misma dañosa. Si se considera que es perjudicial, entonces sí podría eventualmente discutirse la posibilidad de su resarcimiento. Si bien es cierto que muchas veces el daño proviene directamente del acto que da lugar al divorcio, el perjuicio sufrido por el divorcio en sí mismo es, en algunos casos, más evidente y lesivo.

Señala Zannoni³⁴ respecto a este punto “...Hemos de centrar el planteo fundamentalmente desde la perspectiva del daño moral y no del puro daño patrimonial. Destacamos esto porque el divorcio puede producir, en algún caso, un daño patrimonial cierto, como lo es la necesidad de liquidar anticipadamente la sociedad conyugal en razón de la disolución de la comunidad que es efecto propio de la sentencia de separación personal o divorcio vincular...”, agrega el autor “...Tal daño se ha planteado, en general, cuando existe una unidad económica, un establecimiento o un fondo de comercio, que se encuentra en la masa de administración del cónyuge inocente que lo explotaba y que deberá venderse (ante la imposibilidad de serle adjudicado en especie en la liquidación), privando a ese cónyuge, como inevitable consecuencia, de una explotación que le era económicamente rentable...”.

Como se mencionó en el párrafo anterior, la doctrina establece que entre los perjuicios indemnizables en razón del divorcio en sí, puede considerarse el resarcimiento en razón de la disolución anticipada de la sociedad conyugal. En virtud

³⁴ Zannoni, Eduardo. **Ob. Cit.**, pág. 5

de que esa liquidación anticipada puede afectar a un establecimiento o empresa mercantil, que constituye una unidad económica, productor de utilidades y que, debiendo ser vendido o por lo menos dividido, si fuera legalmente posible, lo cual lógicamente conlleva el consiguiente perjuicio al cónyuge inocente formaba parte de aquella.

Señala Belluscio³⁵ que “...el daño moral resultante del divorcio puede configurarse por la soledad a que se vea constreñido el cónyuge inocente, particularmente cuando se ha alcanzado cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, por el demérito que pueda ocasionarle en la vida de relación la circunstancia de hallarse solo, por la eventual desconsideración que en algún medio social pueda aún existir hacia el divorciado, por ausencia de apoyo espiritual en la dirección del hogar y de los hijos, etcétera...”.

Una corriente que niega el resarcimiento de este tipo de daños aduce que se han mezclado valoraciones que han confundido el planteamiento y han impedido una determinación correcta de sus límites. Asimismo, señala que si bien el divorcio constituye una situación dolorosa, y hasta una fuente de ansiedad, de angustia, y de depresión, por duro que parezca, son consecuencias normales de todo proceso de esta naturaleza.

Según la corriente que niega el resarcimiento de daños provenientes del divorcio en sí, manifiesta que el considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños morales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario, contradice la naturaleza de las relaciones familiares en general, y de las matrimoniales en particular, y además se pasa por alto que el divorcio no es fuente de daños, ya que es una alternativa, ante el fracaso de la convivencia matrimonial, y el cual se impone por la fuerza de los hechos a causa de una situación de declive de la convivencia entre los cónyuges.

³⁵ Belluscio, Augusto C. **Derecho de familia**, pág. 587

Sin embargo, para quienes apoyan el resarcimiento de este tipo de daños, expresan que cuando se alude a la reparación del daño moral que produce el divorcio en sí mismo, se refiere al resarcimiento pretendido por quien demandó o reconvino pidiendo, y finalmente obteniendo, el divorcio a su favor, como consecuencia de la tramitación y resolución del mismo, el cual por lo engorroso de su procedimiento y de las múltiples disputas que se suscitan entre las partes, ocasionan pérdida o disminución del patrimonio o inestabilidad emocional.

Asimismo, se señala que son estas situaciones las que más daño causan a la tranquilidad emocional de las personas, por lo que se podrían encuadrar en los supuestos de la responsabilidad objetiva, fundada en el valor equidad. En el sentido, de que las consecuencias que provoca el divorcio son ajenas al querer de los cónyuges, están impuestas por la ley de manera imperativa, y los daños que pudieran ocasionar los efectos del divorcio son involuntarios por parte de los cónyuges.

Dentro de esta categoría de daños específicamente se encuentra, entre otros, la disolución anticipada del patrimonio conyugal, la pérdida del derecho de sucesión hereditaria, la fijación del derecho a alimentos a favor del cónyuge inocente, que en muchas ocasiones es inferior a lo que estaba acostumbrado.

También, se pueden mencionar los perjuicios, entendidos éstos como las pérdidas, que en el caso del divorcio no se refieren directamente con los bienes materiales, sino más bien a la profesión y su especialización. Si bien el derecho proclama un trato igualitario a los cónyuges al contraer matrimonio, y supuestamente durante toda la duración de éste, la realidad refleja una situación completamente diferente, ya que en la mayoría de los casos la mujer pospone su crecimiento profesional en aras del hogar, por lo que pierde experiencia laboral y oportunidades de especialización, con el objeto de dedicarse al cuidado de los hijos, a los quehaceres de la casa o simplemente por apoyar el progreso del otro. Al momento del divorcio sus oportunidades en el mercado laboral son evidentemente inferiores, sin embargo, pretender que el otro cónyuge responda por decisiones personales excede los objetivos

del derecho y viola los principios establecidos por la teoría de los actos propios. En estos casos, es muy difícil probar las mermas ocasionadas, por lo que se deja al criterio del juzgador fijar una indemnización por estos motivos, que en ningún momento se discute su fundamento, pero que fueron originados por la voluntad del mismo cónyuge inocente. Este punto de vista lo apoya Belluscio³⁶ quien indica "...se ha señalado... que el daño moral resultante del divorcio puede configurarse por la soledad a que se vea constreñido el cónyuge inocente, particularmente cuando se ha alcanzado cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, por el desmérito que pueda ocasionarle en la vida de relación la circunstancia de hallarse solo, por la eventual desconsideración que en algún medio social pueda aún existir hacia el divorciado, por ausencia de apoyo espiritual en la dirección del hogar y de los hijos, etcétera...".

Para concluir argumenta López del Carril³⁷ "...conviene aclarar que no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho...son consecuencias distintas de un mismo hecho, con reparaciones distintas e independientes de acuerdo a la calidad, desenvolvimiento, profundidad y proyección de sus consecuencias."

Señala además este autor, "...que tanto la acción por los daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio como la referida a los daños derivados del divorcio en sí, son de derecho común, pero encuentran sus fundamentos en la proyección derivada de los hechos del derecho de familia, por lo que ambas acciones podrían acumularse. Según esta postura, es necesario dejar aclarado que una acción resarcitoria cubriría los daños materiales y morales que los hechos constitutivos de causales declaradas en la sentencia de divorcio han infligido por sí mismas al cónyuge inocente como consecuencias inmediatas, y la otra acción resarcitoria cubriría los daños materiales y morales que la actitud del cónyuge culpable del divorcio ha producido al inocente en la proyección de su vida futura, es decir, como consecuencias mediatas."

³⁶ Belluscio, Augusto C., **Ob. Cit.**, pág. 587

³⁷ López del Carril, Julio J. **El derecho de familia en la problemática contemporánea**, pág. 4

3.2 Ausencia de regulación normativa específica

En el Capítulo IV de la presente investigación se desarrollará ampliamente lo relativo al fundamento legal, en Guatemala y en otros países, para requerir el pago de una indemnización resarcitoria por los daños y perjuicios producidos por y en el divorcio, por lo que a continuación, se incluye de manera general el lineamiento que proceden para determinar si pueden o no aplicarse las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual en el caso del divorcio.

3.2.1 Aplicación de normas sobre responsabilidad extracontractual

En la mayoría de legislaciones no se encuentra prevista expresamente una norma jurídica que establezca la posibilidad de solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios provenientes del divorcio, sin embargo, la posibilidad se encuentra referida en la teoría de la responsabilidad civil, la cual se encuentra contenida de manera general en los ordenamientos jurídicos, como es el caso de Guatemala, al establecer que “todo daño debe indemnizarse”.

La responsabilidad civil es la base estructural del requerimiento mencionado, y está inserta en el campo del derecho, y se manifiesta y evidencia cuando un sujeto le produce una lesión a otro, violando la conducta reglada por las normas jurídicas pertinentes.

Debe tenerse presente, que en el presente caso, aplica la responsabilidad civil extracontractual debido a que los daños producidos por el divorcio, ya sea por las causales o por el divorcio en sí, provienen de la infracción de normas jurídicas que regulan los deberes matrimoniales y la obligatoriedad de resarcir todo daño causado por una persona a otra, pero, se enfatiza que no provienen de contrato, ya que el matrimonio no tiene naturaleza contractual, sino constituye una institución social.

Para Roberto Brebbia³⁸ “...hay responsabilidad civil cuando un sujeto actuando antijurídicamente ocasiona un daño a otro, y en función a la atribución que de tal resultado hace la norma al autor, nace la obligación de reparar el daño causado...”.

Además, es preciso señalar que, solamente procede la utilización de la teoría de la responsabilidad civil por los daños derivados del divorcio, en aquellos casos de divorcio que se tramiten en forma contenciosa, ya que en la hipótesis de divorcio por mutuo acuerdo, no hay atribución de culpabilidad.

En este orden de ideas, se determina, que frente a la ausencia de normas expresas que regulen la obligación de resarcir a cargo del cónyuge culpable los daños producidos por el divorcio, procede la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil conforme lo normado en el respectivo cuerpo legal, regularmente, en los códigos civiles.

3.2.1.1 Presupuestos de la teoría de responsabilidad civil extracontractual

En virtud de que en el presente punto se fundamenta en la postura de los seguidores de la corriente que afirma la posibilidad de demandar los daños y perjuicios producidos por el divorcio como una aplicación más de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, es menester, hacer mención de los elementos que, en el presente caso, conforman dicha teoría, y que constituyen los presupuestos básicos del deber de reparar los daños mencionados, los cuales son los siguientes:

- **Hechos ilícitos:** todas las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos, debido a que constituyen una violación de los deberes procedentes del matrimonio, y dan lugar a las sanciones civiles propias de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, aunque esos deberes, en la mayoría de los casos no sean obligaciones de contenido patrimonial, su

³⁸ Brebbia, Roberto H. **Instituciones de derecho civil**, pág. 10

violación ocasiona un daño, por lo que el perjuicio indemnizable está representado por la apreciación patrimonial, aunque el contenido del deber fuese, en su origen extrapatrimonial o moral.

Para la doctrina jurídica predominante, los daños que produce el divorcio a uno de los esposos, no son debidos al divorcio en sí mismo, sino precisamente a los hechos ilícitos que sirven de fundamento a la declaración de culpabilidad de alguno de ellos.

En el caso de Guatemala, la admisión de cualquiera de las causales de divorcio estipuladas en el artículo 155 del Código Civil, implica admitir la existencia de una conducta ilícita, violatoria de deberes de observancia obligatoria en el matrimonio, y cuya infracción generan las sanciones propias de divorcio y que, si además, esa conducta origina un perjuicio al otro cónyuge, ya sea material o moral, no existe disposición normativa que expresamente impida demandar la indemnización que corresponda, pues con ello no se tergiversa la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio, puesto que la indemnización se refiere al resarcimiento de daños producidos por los hechos ilícitos que provocaron el divorcio y no por cuestiones relativas a la institución del matrimonio.

- **Antijurídica:** La reparación del daño derivado de hechos ilícitos que provocaron el divorcio implica la indemnización de los perjuicios, pero sólo abarcará la reparación si el cónyuge culpable comete un acto antijurídico que produzca un daño. Debe recordarse que la noción del concepto de antijuricidad señala que es todo aquello contrario a derecho, y la comisión de un ilícito civil, como lo son los hechos que conforman las causales del divorcio según se estableció en la literal anterior, constituye un acto antijurídico.

De este modo, la antijuricidad se reflejaría en aquellos actos que violan expresas e implícitas prescripciones o prohibiciones del ordenamiento

jurídico, tales como el adulterio, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, como cómplice o instigador, la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos, las injurias graves o el abandono voluntario y malicioso (Art. 155 del Código Civil de Guatemala).

Con respecto a los daños y perjuicios en un proceso de divorcio el fundamento radica en que el comportamiento de cada uno de los cónyuges no perjudique al otro, es decir, la aplicación del principio *alterum non laedere* de Ulpiano, que tiene plena aplicación en este elemento material u objetivo de la responsabilidad civil.

Señala Omar Barbero³⁹ que “...la antijuricidad se configura cuando los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones que en algunos casos constituirán violaciones de una norma expresa de la ley, tal el caso del adulterio, y en otros, se tratará del ejercicio abusivo de un derecho emergente del matrimonio, como ocurre en algunas hipótesis de injurias graves.”.

Sin embargo, debe quedar claro que de ninguna manera en todos los casos de divorcio contencioso, el cónyuge culpable, por el sólo hecho de resultar culpable, quede automáticamente e inexcusablemente obligado a compensar en dinero al inocente, ya que la causa del divorcio, como tal, no tiene por qué constituir causa de un resarcimiento de orden económico en todos los casos.

- **Daños:** cuando se habla de daño se hace referencia a un menoscabo o detrimento susceptible de valoración pecuniaria que se produce sobre las personas o bienes. De esta forma, pueden ser daños materiales o daños morales, según la pérdida o aminoración del bien jurídico tutelado que se produzca en el patrimonio o en la persona.

³⁹ Barbero, Omar U. **Daños y perjuicios derivados del divorcio**, pág. 225

Como se indicó anteriormente, no todas las conductas del cónyuge culpable del divorcio originan el reclamo por daños, sino solamente aquellas que representen y provoquen auténticos agravios al otro cónyuge, es decir cuando se lesionan bienes extrapatrimoniales tales como el derecho a bienestar, a obtener respeto de familiares, derecho al honor, ya que el simple quebranto del vínculo afectivo no puede dar cabida a una acción de esta naturaleza.

En cuanto a los daños morales, se debe establecer que la circunstancia de haberse decretado el divorcio atribuyendo a uno de los cónyuges la culpa respecto a la comisión de alguna de las causales previstas por la ley, no es suficiente por si sola para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, cuya procedencia únicamente puede ser decretada a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron.

Para fundamentar el reconocimiento del daño moral ocasionado por el divorcio, se establece que es suficiente el profundo dolor e intranquilidad provocada en la psiquis del cónyuge inculpable, que se traduce generalmente en depresión como consecuencia de la separación de la pareja. Los daños morales serán fuente de resarcimiento en la medida en que hayan lesionado derechos personalísimos.

Los daños morales repercuten directamente en la esfera de los sentimientos, como consecuencia de su carácter extrapatrimonial, los cuales originan el menoscabo que, en lo individual y socialmente, sufriría el cónyuge en razón del divorcio.

Por ejemplo, corresponde otorgar la reparación por daño moral cuando los hechos que dieron lugar al divorcio y las conductas seguidas afecten al otro cónyuge, y además, hayan sido efectuadas en forma pública o escandalosa,

sin consideración hacia el otro cónyuge, de tal forma que produzca una afrenta a la dignidad o al honor.

Por estos motivos, en diversas legislaciones que admiten expresamente la indemnización de los daños causados por el divorcio, se alude a los hechos que han originado un grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente (Art. 151, Cód. Civil suizo), o que comprometen gravemente su legítimo interés personal (Art. 351, Cód. Civil de Perú de 1984), o que le han infligido una grave ofensa (Art. 1453, Cód. Civil de Grecia), entre otros.

Algunos autores consideran también otros dos elementos de la teoría de la responsabilidad extracontractual, éstos son:

- **Imputabilidad:** este cuarto elemento constituye el elemento subjetivo, ya que consiste en el factor mediante el cual se atribuye a un sujeto determinado la responsabilidad civil, dolosa o culposa, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, antijurídico y dañoso producto del divorcio, en virtud de que a través de la atribución subjetiva referida se confirman los comportamientos antijurídicos imputables a uno o a ambos cónyuges.

La antijuricidad propia de la infracción de los deberes matrimoniales debe ser imputable al cónyuge culpable, por lo que el factor de atribución subjetivo, es el que determina la culpabilidad, la que puede derivar de conductas dolosas donde el elemento intencional juega un papel fundamental en la transgresión de algunos de los derechos-deberes del matrimonio. En la mayoría de los casos el dolo es el elemento predominante. A este respecto, manifiesta Omar Barbero⁴⁰ que "...excepcionalmente esas violaciones o transgresiones podrían constituir actos meramente culposos, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge al otro, las que, aunque carecieran de

⁴⁰ Barbero, Omar. **Ob. Cit.**, pág. 229

animus iniuriandi, puedan importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor...”.

La acción ilícita y antijurídica, una vez probada, hace nacer la obligación de reparar el daño causado, por la vía emergente de una relación de responsabilidad civil.

- **Relación de causalidad:** el vínculo de causalidad debe ser adecuado, el cual señala que en ningún caso son imputables las consecuencias remotas que no tienen con el hecho ilícito un nexo con la causa del mismo.

Es decir, que la relación de causalidad implica determinar la vinculación que existe entre un acto y sus consecuencias. En lo que se refiere a los daños producidos por el divorcio, corresponde determinar si existe una relación de causalidad entre el hecho generador del divorcio y el daño; si así fuere, esa vinculación debe probarse, para que genere la obligación del resarcimiento.

Por ejemplo, si en un divorcio se alegare como causal el adulterio del marido, primero corresponde a la esposa probar el extremo aducido, y si el marido resulta culpable, y la cónyuge inocente, como consecuencia sufre de una depresión que obliga a su internación y tratamiento, se originan además de los daños morales gastos, por lo que además la cónyuge inocente debe probar que la enfermedad encontró sus causas en el hecho generador del divorcio para exigir la reparación, es decir, determinarse la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

3.2.2 Inaplicabilidad de normas sobre responsabilidad extracontractual

Dentro del análisis del objeto del presente trabajo, referido a la posibilidad legal de solicitar judicialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el divorcio existen corrientes que señalan la inaplicabilidad de la teoría de la

responsabilidad civil extracontractual basando su opinión en la aplicación de los criterios propios del derecho de familia.

La especialidad del derecho de familia consiste en que las relaciones que surgen, en el ámbito de esta rama del derecho, tienen como base los más nobles sentimientos, preceptos morales, éticos y religiosos, ya que entre este tipo de relaciones existe una subordinación de los intereses individuales al interés general de la familia. Asimismo, el ordenamiento jurídico que rige las relaciones familiares tiene un rango superior al de las relaciones patrimoniales.

Establece esta corriente doctrinaria, que no es posible llevar a cabo en la práctica la aplicación de las normas de responsabilidad civil en general, ya que en los conflictos familiares, no surgen los mismos presupuestos que configuran la noción de culpa para atribuir la responsabilidad proveniente de los hechos que conforman las causales del divorcio.

Dentro de un matrimonio no aplica el término de obligación con el alcance que esta expresión abarca en un sentido patrimonial, sino que más bien, se tratan de deberes recíprocos de los cónyuges, los cuales se esbozan más allá de lo estrictamente material, extendiéndose al ámbito de la obligación moral.

Una obligación, tal como la concibe la doctrina clásica, requiere la existencia de dos personas perfectamente determinadas, un deudor y un acreedor, y el vínculo que existe entre ambas faculta legalmente al acreedor a constreñir o exigir al deudor el cumplimiento de una prestación previamente estipulada, aun de manera coactiva. En el derecho de familia, específicamente en asuntos matrimoniales, no se configuran estos dos sujetos, ya que sería impensable la coacción hacia uno de los cónyuges para el cumplimiento de deberes de naturaleza conyugal, hasta sería en cierto modo humillante para el otro tener que entablar semejante acción.

Según Trabucchi⁴¹ “...fuera del campo patrimonial se encuentran los deberes pero no las obligaciones entendidas en un sentido técnico...”. Sin embargo, esto no puede llevar a concluir que una conducta que tiene como fuente un ilícito quede sin sanción, aún cuando se produzca dentro de las relaciones familiares.

3.3 Prescripción

En la acción reparadora de daños derivados de los hechos que han dado lugar al divorcio se aplican las normas de responsabilidad extracontractual, siendo su plazo de prescripción, en Guatemala, de un año, según el Art. 1673 del Código Civil, el cual señala textualmente: “La acción para pedir la reparación de los daños o perjuicios a que se refiere este título, prescribe en un año, contado desde el día en que el daño se causó, o en que el ofendido tuvo conocimiento del daño o perjuicio, así como de quien lo produjo.”.

El plazo citado en la mayoría de las legislaciones empieza a correr desde que la sentencia se encuentre firme, pues la prescripción entre cónyuges no corre mientras no se halle disuelto el matrimonio. En Guatemala, respecto al momento en que se empieza a contar dicho plazo, el Art. 1513 del referido cuerpo legal establece en su parte conducente “...La prescripción corre desde el día en que recaiga sentencia firme condenatoria, o desde aquel en que se causó el daño.”.

Por el contrario, señala una parte de la doctrina, que no es necesario que exista previa sentencia declarativa del divorcio entre las partes, porque el juez puede, perfectamente establecer en la misma sentencia de divorcio tanto la declaratoria de divorcio como la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios causados por aquél, pues de lo contrario sería necesario iniciar un proceso nuevo, lo cual contradeciría la celeridad y economía procesal de todo proceso en materia de familia.

⁴¹ Trabucchi, **Instituciones de derecho civil**, pág. 11

3.4 Daño moral proveniente del divorcio

Todos los hechos enumerados como causales del divorcio son ilícitos civiles que al afectar el patrimonio moral del cónyuge inocente, lo desequilibran emocionalmente, por lo que surge entonces para el cónyuge culpable la obligación de resarcir el daño infligido.

El deber de indemnizar resulta del solo hecho de la violación en que se incurre por el incumplimiento de los deberes legales del matrimonio, sin embargo, es necesario probar que tal vulneración ha producido daños íntimos en la persona, como la depresión, dolor, disgusto, angustias, es decir, que el estado emocional de la víctima no es normal, y que requiere su restablecimiento inmediato.

El alcance de la intensidad del daño moral deberá ser apreciado y evaluado por el juez en cada caso, conforme a las circunstancias que lo rodean para fijar el quantum indemnizatorio. Así el órgano jurisdiccional fijará con distinto criterio la indemnización en el caso de un adulterio público y notorio que coloca al cónyuge inocente en una posición social casi humillante, que el de injurias inferidas sin mayor trascendencia pública.

3.4.1 Culpabilidad de ambos cónyuges

En la hipótesis de que ambos cónyuges sean declarados culpables del divorcio. Es decir, que se determine que existe culpa concurrente, el problema radica en la forma en la que debe efectuarse la distribución de responsabilidades en función de las cuales se fijarán los montos indemnizatorios.

Para algunos autores, las culpas deben distribuirse en la medida en que cada actividad culposa ha concurrido a producir el daño, pero en este supuesto, existen dificultades prácticas para medir las respectivas culpas, por lo que regularmente se indemnizará al que lo solicitó fijando cuantía inferior a la requerida al juzgador.

La jurisprudencia mayoritaria se ha decidido por el criterio de distribuir las culpas en razón de la relativa gravedad de las distintas culpas, pero en caso de duda o de imposibilidad de adjudicar las culpas, los jueces han resuelto que las mismas han concurrido en partes iguales.

Este último criterio es el que se aplica por parte de los jueces en materia de divorcio, cuando no surge con claridad la mayor responsabilidad de uno de los cónyuges.

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de indemnizar los daños y perjuicios producidos por el divorcio

4.1 La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el divorcio según la doctrina

Para determinar si es procedente la indemnización por daños y perjuicios provocados por el divorcio, es necesario que, previamente, se analicen las causas que le dan origen al reclamo respectivo.

Desde el punto de vista formal, los hechos constitutivos de las causales de divorcio son ilícitos y, por lo tanto, se sostiene que si ocasionan un daño o un perjuicio, de naturaleza afectiva o emocional, al otro cónyuge dan origen a la obligación de repararlos. Sin embargo, también es un importante subrayar que el hecho ilícito, causal de divorcio, solo existirá como tal en la medida que medie una sentencia con atribución subjetiva de culpabilidad para uno de los cónyuges.

En la actualidad no se descarta que, como consecuencia de la ruptura del vínculo conyugal, resulte posible que se produzcan daños concretos a un cónyuge; por ejemplo, el síndrome depresivo que ha de sufrir uno de los cónyuges como secuela del cese de la unión por un evento lesivo a su tranquilidad interior. Pero el fondo en esta materia, que justifica la imposición de la indemnización resarcitoria, encuentra un obstáculo en la imputabilidad, esto es, en el factor de atribución.

En este orden de ideas, Santos Briz⁴² señala que "...la indemnización no es la desaparición del daño sino su desplazamiento a otro patrimonio, de manera que siempre retornaremos al tema de la atribución subjetiva de responsabilidad y, con ella, a la dudosa credibilidad de la noción de "culpa" en el divorcio... culpa que, repito, carece del debido correlato en el ámbito de una realidad que no puede ser desatendida: la

⁴² Santos Briz, Jaime. **Ob. Cit.**, pág. 316

perspectiva psicológica, psicoanalítica, sistémica familiar, sociológica, antropológica, etcétera.”.

La cuestión acerca de la indemnización de los daños y perjuicios resultantes del divorcio no tiene solución expresa en la mayoría de las legislaciones de Latinoamérica, por lo que esta omisión legislativa ha dado origen, en la doctrina y jurisprudencia, a corrientes antagónicas. Las principales son las que se presentan a continuación.

4.1.1 Doctrinas negatorias de la indemnización

4.1.1.1 Principio de especialidad del derecho de familia

Un grupo de juristas a nivel latinoamericano sostienen que no corresponde el resarcimiento pecuniario por los daños producidos por el divorcio en ningún caso. Fundamentan su posición desde distintas perspectivas, expresando que los deberes derivados del matrimonio no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria. Además, señalan que implicaría sancionar dos veces al responsable frente a un mismo hecho, y que el derecho de familia tiene especialidad y por lo tanto no se aplican en ese ámbito las normas generales de responsabilidad.

El objeto de la especialidad del derecho de familia consiste en que las relaciones que se entablan bajo sus parámetros tienen como base sentimientos, normas morales, éticas y religiosas, por lo que existe una subordinación de los intereses individuales a los intereses generales del núcleo familiar, esto significa que el ordenamiento jurídico en que se basan las relaciones familiares tienen un rango superior al de las relaciones patrimoniales. No se pueden aplicar las normas de responsabilidad civil en general, ya en los conflictos conyugales no surgen los mismos presupuestos que configuran la teoría de la responsabilidad civil.

La doctrina que niega la reparación de este tipo de daños ha esbozado soluciones para disipar la problemática respecto de la reparabilidad de los daños producidos en el divorcio, al inicio surgieron ideas contradictorias con el principio de igualdad, ya que señalaban que si el daño se producía entre personas que no estaban unidas en matrimonio, como es el caso del concubinato, procedía la indemnización por los daños y perjuicios que se pudieran haber causado con el obrar ilícito, mientras que si tal comportamiento se llevaba a cabo dentro de una relación matrimonial, la indemnización no era procedente, con lo cual se mejoraba la situación del culpable en este último caso. El rechazo de la acción se fundamentaba en la moral y las buenas costumbres, ya que se sostenía que a través de la demanda se pretendía lucrar con la deshonra, lo cual era contrario a las buenas costumbres que forman parte esencial en el derecho de familia, y que el cónyuge inocente adquiere, frente a los comportamientos agraviantes, la declaración de inocencia con los efectos que ella acarrea, y esto debe bastarle como indemnización. Esta postura ha ido evolucionando sus ideas, siempre en sentido negativo, y a continuación se desarrollan las posturas modernas al respecto.

Guillermo Borda⁴³ señala respecto a este tipo de indemnización que “...en virtud del **principio de la especialidad del derecho de familia**, no se puede tratar la culpa en el divorcio con el mismo criterio con el que se la juzga en todo daño del derecho propiamente patrimonial...”, asimismo indica Borda que, “...no obstante que en general la culpa en el divorcio o la separación es atribuible a ambos cónyuges, el juez puede encontrar culpable a sólo uno de ellos, resultando difícil dilucidar cuál es el cónyuge verdaderamente culpable, o si los hechos en virtud de los cuales se declaró la culpabilidad de uno no tuvieron como causa hechos del otro esposo, igualmente constitutivos de causales de separación, que no se han podido acreditar en el juicio.”.

También se indica, bajo esta corriente, que la procedencia del resarcimiento por los daños derivados del divorcio implicaría una violación al principio procesal *non bis in idem*, ya que frente a un mismo hecho se sancionaría dos veces al responsable, debido

⁴³ Borda, Guillermo A. **Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio**, pág. 700

a que la reparación estaría configurada mediante el pago de una pensión en concepto de alimentos, por ejemplo, que debe satisfacer el cónyuge declarado culpable a favor del inocente, y al mismo tiempo, el pago de una cantidad dineraria para resarcir daños difíciles de probar como los morales. Una cantidad indemnizatoria representaría, pues, una doble sanción, pues el régimen sancionatorio que determina el divorcio es autónomo, tanto por la inexistencia de normas precisas y concordantes en otros dispositivos legales, como por su naturaleza especial y exclusiva de la familia. Estas sanciones regularmente son las siguientes:

- La declaración de culpabilidad del otro cónyuge;
- El inocente conserva un derecho alimentario, ya que el cónyuge culpable debe contribuir al mantenimiento del nivel económico del que gozaron durante la convivencia;
- La revocación de las donaciones por el cónyuge que no dio causa al divorcio;
- El derecho del cónyuge inocente a seguir ocupando el inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, así como el habitarlo por él durante el juicio de divorcio.
- Conservar la patria de potestad, y en casos concretos, solicitar que al otro cónyuge se le suspenda la misma.

Admitir, además de dichas sanciones, el resarcimiento de los daños provocados por las causales del divorcio, en el caso de Guatemala señaladas en el artículo 155 del Código Civil, equivaldría indudablemente a penar dos veces un mismo hecho.

Según el jurista Santos Cifuentes⁴⁴, "...para el supuesto de nulidad del matrimonio, se establece expresamente la posibilidad de reclamar una indemnización,

⁴⁴ Cifuentes, Santos. **Ob. Cit.**, pág. 90

de lo cual se desprendería que el silencio en el caso del divorcio y de la separación personal no podría ser interpretado en el sentido de la posibilidad de la procedencia de la indemnización.”.

Sin embargo, manifiesta dicho autor⁴⁵, admite una excepción a esa regla, en los supuestos en que los hechos que dieron lugar al divorcio tuvieran una *fuerza dañadora muy punzante* ya sea en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico del otro cónyuge, superiores en su gravedad a las que produce la mera ruptura del matrimonio, casos en los cuales podría corresponder la reparación de la lesión causada al bien moral, que debe ser compensada en forma autónoma. Tales casos se darían, según dicho autor, “...cuando se endilgaran en público inmoralidades muy bajas; en el adulterio desembozado, manifestado de modo que se produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves, hospitalizaciones, incapacidades, etcétera. En esos supuestos —o similares— se habría sobrepasado la protección que consagran las normas matrimoniales con relación a los derechos del cónyuge inocente.”.

En este orden de ideas, se concluye que los fundamentos de la posición negatoria de la indemnización por daños producidos por el divorcio, relativo a la afirmación de la especialidad del derecho de familia, consiste en la completa inaplicabilidad, en ese ámbito, de normas generales de responsabilidad que no habrían sido dictadas para supuestos como el del matrimonio, en cuya regulación legal no se expresa en las normas jurídicas la posibilidad de una indemnización para los supuestos de separación personal o de divorcio.

4.1.1.2 Postura de la inexistencia de obligación

Esta corriente del pensamiento esboza una crítica contra la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios provocados por el divorcio, la cual se fundamenta en el hecho de la inexistencia, por parte del cónyuge culpable del divorcio, de la

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 95

obligación que deba cumplir con motivo de estar unido en matrimonio, que tuviera significación patrimonial y cuyo incumplimiento, en consecuencia, pudiera derivar en un daño producido en el patrimonio del otro cónyuge.

Señalan, además, los seguidores de esta postura que es improcedente la indemnización por los daños no patrimoniales proveniente del divorcio, en el sentido de que intrínsecamente es imposible, y es contrario a la razón y a los sentimientos, reducir a una cantidad dineraria la ofensa relativa a bienes como el honor, la integridad física y moral.

Jorge Llambías⁴⁶ se ha pronunciado en contra de la indemnización por los daños resultantes del divorcio con fundamento en el hecho de que "...la prestación objeto de la obligación debe tener un contenido susceptible de apreciación pecuniaria, lo cual sería ajeno a los deberes de asistencia y fidelidad que derivan del matrimonio. Ello hace que el incumplimiento de tales deberes, constitutivos a su vez de causas que dan lugar al divorcio, no sea una consecuencia de la violación de una obligación —técnicamente considerada, lo que lo lleva a concluir en la inexistencia de una obligación resarcitoria."

Por último, Juan B. Bibiloni⁴⁷, en su Anteproyecto, coherente con su postura de eliminar del Código Civil argentino toda referencia al daño moral, manifiesta lo siguiente: "la conciencia moral se subleva ante los reclamos del marido que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado."

Asimismo, entre los diversos argumentos que niegan la tesis de la reparación de daños provocados en el matrimonio, se encuentra otra postura que en contra de la reparación del daño moral, la cual se funda en postulado de que la resarcibilidad del daño moral a través del pago de una indemnización económica constituiría un verdadero caso de enriquecimiento sin causa.

⁴⁶ Llambías, Jorge J. **Tratado de derecho civil. Obligaciones.**, pág. 150

⁴⁷ Bibiloni, Juan B. **Anteproyecto.**, pág. 510.

En relación con esta objeción García López⁴⁸ señala “...que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa. El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda la teoría general del derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales.”.

Por último, manifiestan los seguidores de esta corriente doctrinaria, que el silencio u omisión de la legislación en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el divorcio evidencian una clara voluntad de la ley de no admitirla, pues cuando la ley ha querido expedirse y establecerla lo ha hecho dentro de su normativa jurídica.

4.1.2 Doctrinas que admiten la indemnización

4.1.2.1 Principio general en materia de responsabilidad civil

Otra parte de la doctrina moderna admite el resarcimiento de los daños afirmando que la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges en violación de una disposición legal y que causa un daño al otro cónyuge, genera responsabilidad.

Cuando los hechos que han dado origen a las causales de separación o divorcio constituyen en sí mismos un acto ilícito es atinente resarcir los daños producidos, dentro de la esfera patrimonial o emocional de la víctima.

En esta corriente se establece que la especialidad del derecho de familia no es impedimento para aplicar las reglas generales de reparación de daños, pues el deber de no dañar aplica a cualquier esfera de las relaciones interpersonales, y en la

⁴⁸ García López, R., **Responsabilidad civil por daños morales (doctrina y jurisprudencia)**, págs. 146 y 147

actualidad, uno de los ámbitos en el cual suscitan mayores daños es el de las relaciones familiares más que en cualquier otra rama del derecho.

Dentro de esta posición se encuentra Belluscio⁴⁹ quien se pronuncia en forma afirmativa con relación a la procedencia de la indemnización indicando que “...siempre que los hechos que dan lugar a la separación personal —o al divorcio—, que en sí mismos constituyen un acto ilícito, ocasionen un daño al otro cónyuge...”, según dicho autor corresponde igualmente la indemnización “...por los daños resultantes del divorcio en sí mismo.”.

Por su parte, Zannoni⁵⁰ manifiesta que “...a fin de determinar la reparabilidad de este tipo de daños, **debe partirse del principio general en materia de responsabilidad civil**, contenido en el artículo 1109 del Código, y hacer aplicación de las normas...”, agrega dicho autor que “...las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos, en tanto implican una violación de los deberes matrimoniales, los cuales, aunque técnicamente no constituyen obligaciones de contenido patrimonial, ocasionan un daño que debe ser indemnizado, aunque el contenido del deber fuera, en su origen, de carácter extramatrimonial.”.

En cuanto a la violación del principio procesal *non bis in idem* que argumentan los partidarios de las corrientes negatorias de la indemnización por daños y perjuicios derivados del divorcio, Mosset Iturraspe⁵¹ los contradice y al respecto puntualiza que “...con la indemnización derivada de los perjuicios resultantes de las causales de divorcio **no se castiga dos veces el mismo comportamiento**, pues cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio el aspecto familiar, y la indemnización el aspecto patrimonial...que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica, haciéndolo víctima de un detrimento o menoscabo”.

⁴⁹ Belluscio, Augusto C. **Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio**, pág. 110

⁵⁰ Zannoni, Eduardo A. **Derecho de familia**, pág. 230

⁵¹ Mosset Iturraspe, Jorge. **Los daños emergentes del divorcio**, pág. 400

Agrega Mosset Iturraspe que el factor de atribución debe ser doloso, pues las causas que llevan al divorcio son efectuadas a sabiendas y con plena intención.

Del mismo modo, Bustamante Alsina⁵² es partidario de este tipo de indemnización, y afirma que "...a ello no se opone el hecho de que no exista una norma expresa que regule los efectos resarcitorios de los daños causados al cónyuge inocente por los hechos ilícitos que constituyeron la o las causales que dieron lugar a la separación...", asimismo establece dicho autor que "...esos hechos son verdaderos actos ilícitos o antijurídicos, debido a que son violatorios de los deberes legales que impone el matrimonio, de fidelidad, asistencia y convivencia, lo que otorga al esposo ofendido el derecho de pedir la separación personal o el divorcio por culpa del otro cónyuge, y que el amplio espectro de la responsabilidad civil que resulta del artículo 1109 del Código Civil, suple la inexistencia en materia de divorcio o de separación personal, de una norma que imponga en forma específica como sanción, el deber de resarcir."

Los daños derivados del divorcio no constituyen una responsabilidad de carácter contractual sino que es extracontractual, teniendo como fundamento el carácter jurídico del matrimonio, que en Guatemala es de una institución social no contractual.

4.1.2.2 Daños que deben resarcirse

Si se acepta la teoría de que los daños producidos por el divorcio deben indemnizarse, estos engloban entonces la reparación tanto de los daños morales como de los patrimoniales, siempre y cuando se hayan derivado de los hechos ilícitos constitutivos de las causales de separación o divorcio aplicando la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual.

⁵² Bustamante Alsina, Jorge. **Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio**, pág. 520

Para determinar la cuantía de la reparación en este concepto, será el juez, quien de acuerdo a las circunstancias de los hechos, las pruebas aportadas, las consecuencias lesivas de los hechos, y cualquier otro factor relevante, establezca el monto de la indemnización, tanto en relación a los daños materiales como morales emergentes.

4.1.2.2.1 Daño material o inmediato

Dentro del tema que se está abordando en el presente capítulo, se entiende según Zannoni⁵³, por daño inmediato "...el daño moral que es provocado por la lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos del cónyuge inocente".

Según Fernando Gómez Pomar⁵⁴ "...En numerosas ocasiones y bajo la rúbrica de daños morales, el Tribunal Supremo concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación, pues en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de cuantificar. La etiqueta de daño moral permite aligerar la tarea de valorar los daños: se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, no existen para los daños no patrimoniales, es decir, para los morales."

4.1.2.2.2 Daño moral o mediato

La indemnización por daño moral tiene por objeto compensar los perjuicios que su beneficiario o beneficiarios, en el caso de la presente investigación serían el cónyuge inculpable y sus hijos, sufren en su vida personal (dolor físico, depresiones y sufrimiento psíquico) y socio-familiar (su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente entre sí o con terceras personas), pues suponen la merma o disminución de bienes o valores incorpóreos que forman parte en forma positiva dentro la función de utilidad y

⁵³ **Ibid.**, pág. 240

⁵⁴ Gómez Pomar, Fernando. **Daño moral**. Pág. 11

normalidad del o de la perjudicada, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales, pues en este supuesto se trataría de daños materiales o patrimoniales propiamente dichos.

Señala Zannoni⁵⁵ que en relación al tema del divorcio se entienden por daños mediatos “...los cuales serán imputables al esposo culpable cuando él mismo los previó o cuando, empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlos.”.

El problema analizado por la doctrina moderna, ha tenido por objeto determinar cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. En relación a este problema se ha afirmado, en los últimos diez años, que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, siempre y cuando haya sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento jurídico de una sociedad determinada.

La doctrina clásica italiana ha elaborado una subdivisión dentro de los daños morales, clasificándolos en daño moral objetivo y daño moral subjetivo. El daño moral objetivo es aquel detrimento que sufre la persona dentro del plano social, es decir la forma como es considerada, por ejemplo, el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública. En cambio, el daño moral subjetivo consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad, por ejemplo, las heridas físicas, las ofensas, etc.

La jurisprudencia española por su parte se refiere al daño moral puro, indicando que los daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrear ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado, clásico ejemplo de los daños provocados por el divorcio, en el cual, la mayoría de las veces los daños no se manifiestan materialmente sino espiritualmente.

⁵⁵ Zannoni, Eduardo. **Ob. Cit.**, pág. 240

Belluscio⁵⁶ sostiene que "...también el divorcio, como tal, puede importar daños mediatos o consecuencias mediatas (art. 901, parte 2ª, Cód. Civil) que serán imputables al culpable del divorcio cuando éste los previó o debió preverlos (art. 904, Cód. Civil). Así, por ejemplo, gastos de internación de los hijos a cargo del inocente, que no puede atenderlos personalmente por razones de trabajo; gastos que provocó la exclusión del hogar conyugal del que, luego, fue juzgado como que no dio causa al divorcio, tales, por ejemplo, alquiler de otra vivienda, mudanzas, etcétera. También se han incluido entre estos daños, los perjuicios que provoca la disolución de la sociedad conyugal, cuando el cónyuge inocente, precisado a liquidar la comunidad, divide bienes de capital que, quizá, conllevan a impedirle proseguir con una actitud comercial o industrial productiva, como en el supuesto de liquidación de un fondo de comercio...".

4.1.2.2.3 Posturas amplias

La corriente moderna que apoya la indemnización por daños y perjuicios producidos por el divorcio sostiene que deben ser resarcidos tanto el daño moral como el material, siempre y cuando se hayan derivado de los hechos constitutivos del las causales de divorcio, como los que provocan el divorcio en sí mismo.

En este sentido, es preciso recordar que constituye daño material todo menoscabo o detrimento de carácter económico o patrimonial, resultantes de los hechos que importan una causal de divorcio, como los nacidos de la disolución anticipada de la sociedad conyugal, contratación de una empleada para cuidar los niños, mudarse, etc.

Ahora bien, el concepto de daño moral, abarcaría los sufrimientos y dolores emocionales o íntimos, la lesión a los sentimientos como al honor, la dignidad, la seguridad personal, lo que reflejarse en:

- La soledad que puede sufrir el divorciado.

⁵⁶ Belluscio, Augusto C., **Ob. Cit.**, pág. 321

- La frustración de alentadas esperanzas de vida matrimonial.
- El caso de la mujer necesitada de emprender una tarea rentada fuera del hogar.
- Las alteraciones que el cónyuge sufre en su ritmo de vida que puede llegar a afectar su profesión u oficio.
- En el caso de la mujer, aunque en la actualidad en pocos casos también aplica para el hombre, que sólo ella quede al cuidado de los hijos, debiendo todos los días prepararlos para la escuela, educarlos, velar por el cumplimiento de sus tareas, y que además tenga que estar pendiente de las deudas de la casa, energía eléctrica, gas, agua, etc., del pago de las mensualidades del colegio, entre otros, mientras que el esposo ya no está en la misma casa para ayudarla a velar por el cumplimiento de dichos deberes, que aun siendo comunes, en virtud del divorcio se retraerán únicamente para uno de los cónyuges, pues el cónyuge que se va solamente debe pagar una pensión mensual y visitar a sus hijos cuando le parezca.

Una sentencia del Tribunal de Familia de España señala “El trastocamiento de la armonía y la paz familiar por conductas únicamente imputables al accionado que ha llegado a tener notable trascendencia en el plano anímico de su esposa y de sus hijas desilusionadas, tristes, sumado a la inestabilidad económica que la conducta descuidada, desordenada y desaprensiva del demandado sume a toda la familia, configuran fundamentos suficientes de proyecciones sumamente lesivas para la esposa inocente, y enmarca la conducta antijurídica lo cual es merecedora de una reparación por daño moral”. (Trib. Col. Familia Rosario, n. 5, 16/2/1998, - D., L. M. v. J. O. S.).

4.1.2.2.4 Posturas restrictivas

La corriente que sostiene esta posición señala que solamente cabe reclamar una indemnización por daños producidos por el divorcio, cuando dichos daños deriven

directamente de los hechos que configuran las causales de divorcio.

Al respecto señala Santos Cifuentes⁵⁷ que “...todos los agravios se resuelven en el divorcio y en la declaración de culpabilidad...”, y que son aplicables las normas comunes de responsabilidad extracontractual a los hechos que dan lugar a las causales del divorcio “...siempre que se trate de hechos de una expansión o gravedad tal que por sí, al margen de la separación o divorcio personal, entrañen un verdadero daño moral a la persona del cónyuge, por ejemplo: el adulterio desembozado que produzca rebajamiento ante los otros, insultos públicos, golpes que dejen marcas y entrañen sufrimientos muy graves”.

Se establece que no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional en favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria; para que ello ocurra, es menester que exista una *fuera dañadora muy punzante*, es decir una trascendencia de la ofensa fuera de lo común.

4.1.3 Forma de resarcir los daños y perjuicios derivados del divorcio

Como se desarrolló ampliamente en el Capítulo II del presente trabajo, las formas para resarcir los daños y perjuicios son dos: *in natura* o reparación específica, y la reparación genérica o en equivalente, ésta última se refiere a la cuantificación de los daños y perjuicios a través de la fijación de una indemnización o cantidad dineraria.

La imposibilidad de realizar el resarcimiento *in natura* puede ser natural o jurídica. La imposibilidad natural surge en relación al bien que debe ser reparado y a sus características. En el caso del divorcio, los daños morales producidos por las causales del mismo, y para los seguidores de la postura amplia para los daños producidos por el divorcio en sí, no pueden ser subsanados de la misma manera que se repara una casa, por ejemplo. En el presente caso, se estaría ante una situación en la

⁵⁷ Cifuentes, Santos. **Ob. Cit.**, pág. 100

cual su resarcimiento no podría llevarse en forma específica, porque es imposible reparar la honra, los sentimientos o borrar los maltratos. En algunas legislaciones se da la imposibilidad jurídica de realizar el resarcimiento específico toda vez que el ordenamiento jurídico no lo permita. El dar es físicamente posible porque el objeto existe, pero el ordenamiento jurídico, por diversas causas, establece límites a dicha transmisión.

Cuando es imposible llevar a cabo la reparación de los daños y perjuicios in natura, entonces debe transformarse en un equivalente pecuniario, que es la indemnización propiamente dicha.

4.1.4 Acción de reparación de daños y perjuicios

Declarada la culpabilidad de uno de los cónyuges en el juicio de divorcio, puede promoverse la acción de reparación. La cual puede ejercerse simultáneamente con la de divorcio, o después de dictada la sentencia.

Una vez iniciada la acción de reparación en forma conjunta con la de divorcio, el juez primero debe realizar declaración de culpabilidad a uno de los cónyuges, para que posteriormente se pronuncie sobre los daños y perjuicios producidos por aquél.

Ahora bien, si el cónyuge inocente, no ha iniciado la acción de reparación, puede llevarla a cabo mientras no haya operado la prescripción de la responsabilidad civil, el cual empieza a computarse a partir de que la sentencia de divorcio por causal determinada quede firme.

Se debe recalcar que la acción de daños y perjuicios es procedente solo en juicios de divorcio contencioso en que se haya declarado la culpabilidad de uno de los cónyuges, no así en juicios de divorcio voluntario.

4.1.4.1 Requisitos para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el divorcio

Para poder reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el divorcio, señala la doctrina, que la inocencia es condición *sine qua non* para poder solicitarlos ante el órgano jurisdiccional competente. Pues de lo contrario, se establece que si ambos cónyuges son declarados culpables de la ruptura matrimonial, la indemnización pretendida no es procedente, en virtud de que no se podría indemnizar la comisión de un hecho ilícito como la infracción de deberes matrimoniales cuando ambos cónyuges lo ocasionaron.

Ahora bien, la crítica que se esboza a esta postura doctrinaria, radica en el hecho de que habría primero que esperar que la sentencia de divorcio por causal determinada quedara firme para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, lo cual ocasionaría múltiples contratiempos a la parte agraviada.

Por otro lado, se señala, que ambos cónyuges pueden pedirse recíprocamente el resarcimiento de daños y perjuicios provocados en el divorcio, cuando se compruebe, que ambos dieron lugar al detrimento del vínculo matrimonial, pudiendo fijar el juez una cantidad proporcional a cada cual según el grado de culpa que haya tenido en los hechos que dieron origen al divorcio.

Otra condición fundamental para que el juez pueda declarar la obligatoriedad de resarcir los daños y perjuicios sufridos por el divorcio, corresponde a que la parte que los requiera demuestre fehacientemente, que los daños son ciertos a través de medios de prueba suficientes para que el juez pueda fundamentar su resolución, pues de lo contrario, constituiría un enriquecimiento ilícito.

Por otro lado, se encuentran los seguidores de otra postura que manifiestan que si el divorcio se declaró por culpa de ambos cónyuges, por casuales independientes, cualquiera de ellos puede pedir la reparación de los daños y perjuicios.

En último lugar, se encuentra una cuarta posición doctrinaria que proclama que cuando el divorcio se determinó por culpa de ambos cónyuges, en el supuesto de que uno y otro participaron en la producción del hecho que dio lugar a una o varias causales del divorcio, se estaría ante una concurrencia de culpas, en virtud de la cual, correspondería al juez, encargado de dilucidar el asunto, la fijación de una indemnización reducida según la responsabilidad de cada cónyuge.

4.2 Finalidad de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio

La finalidad de los daños y perjuicios, sin importar el ámbito dentro del cual se susciten, es estrictamente resarcitoria, ya que lo que pretende es reparar el daño ocasionado a una determinada persona en su patrimonio, en su cuerpo o en su ánimo, según se trate de daños materiales, físicos o morales respectivamente.

Según opinión del Dr. Bustamante Alsina⁵⁸ “...la cuestión no tiene que ver con el hecho de proyectar la sanción más allá de su órbita natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho de daños donde tiene cabida como efecto resarcitorio necesario de la lesión a un interés jurídicamente protegido, sea éste material o moral”.

En cuando a la naturaleza de la indemnización, prevalece la tesis del resarcimiento, la que la considera una reparación pecuniaria. Otra tesis considera que la finalidad de la indemnización de daños provenientes del divorcio constituye en una sanción ejemplar, es decir, equivale a una pena para quien cometió el daño.

De esta manera, se determina que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, en este sentido Lasarte⁵⁹ señala que “...sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no

⁵⁸ Bustamante Alsina, Jorge. **Ob. Cit.**, pág. 600

⁵⁹ Lasarte Álvarez, C., **Principios de derecho civil. Derecho de obligaciones**, págs. 340 y 341

patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables...Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial.”.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo español, en sentencia de 7 de febrero de 1962, en la cual expresa “...el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral.”.

Como se puede apreciar el derecho de daños tiene una finalidad eminentemente reparadora, sin embargo, hoy en día han surgido corrientes, que le señalan además una función preventiva, estableciendo que la eficacia preventiva de la reparación de daños no persigue una sanción que se limite a la realización de un simple pago al cual es condenado el cónyuge culpable para la reparación del daño patrimonial, sino que pretende que la indemnización fijada al causante de daños coincida y repare el daño social (patrimonial y moral), derivado de su actuación, y de esta forma se evite que en un futuro el infractor lo vuelva a producir.

Las violaciones a los deberes emergentes del matrimonio, que son causales de divorcio en la mayoría de los cuerpos legales de América Latina configuran hechos ilícitos, y en el supuesto de que provoquen daños patrimoniales o morales al cónyuge inocente generan la obligación de su reparación. Este tipo de resarcimiento no es excluyente, en el sentido de que debe reparar tanto los daños provocados por los hechos constitutivos de las causales, y también por el divorcio mismo.

En referencia a la cuantía de la indemnización, la fijación de la misma es discrecional, es decir, que está sujeta al arbitrio judicial, conforme facultades regladas, por lo que su determinación no guarda necesariamente relación con la cuantía del daño material o moral, ya que existen casos en los cuales la indemnización puede ser superior o inferior.

Ahora bien, el objetivo de la indemnización es colocar al cónyuge inculpable en la misma situación en la que se encontraría en el supuesto de que no hubiera existido el daño o el perjuicio, o ambos a la vez.

4.3 Efectos de la indemnización resarcitoria

Dentro de las corrientes que se ocupan del estudio de este fenómeno socio-familiar, se asientan diversas teorías respecto de los efectos que acarrea la imposición judicial de una indemnización para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio, una postura señala que los efectos son negativos en el sentido de que parece claro que una respuesta jurisdiccional positiva, en la cual se condena a la indemnización referida, por los supuestos daños morales invocados, representa un aliciente para que las personas que pretenden divorciarse planteen pretensiones similares. Asimismo, otro aspecto negativo consiste en se intensifique que la ruptura matrimonial se resuelva por la vía contenciosa, ya que tal actitud implica un retroceso en los logros de los tribunales de familia y es opuesta con las nuevas tendencias interdisciplinarias, dadas las nocivas proyecciones que se generan sobre el individuo y la sociedad.

Ahora bien, la postura que se encuentra a favor señala que los efectos son positivos desde cualquier punto desde el que se vea, en el sentido, de que se hace verdadera justicia, al resarcir al cónyuge afectado mediante una indemnización que le ayude a sobreponerse y al mismo tiempo a sobrellevar la nueva situación, que la mayoría de veces, es desventajosa y difícil.

Una sentencia de la Corte Civil de Argentina en su parte resolutive estipulo lo siguiente: “Los efectos que la culpabilidad en la separación personal y el divorcio vincular comportan, carecen de carácter reparatorio por los daños que la afrenta susceptible de provocar el divorcio pueda ocasionar al otro cónyuge, ni de los que el divorcio por sí mismo le infrinja al inocente. Las sanciones al culpable encuentran su fundamento en el Derecho de Familia, mientras que la reparación del daño causado encuentra su fundamento en el terreno de la responsabilidad civil. No se castiga dos veces el mismo comportamiento sino que cada sanción apunta a un aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio al aspecto familiar y la indemnización al aspecto patrimonial

4.4 La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el divorcio en el derecho positivo

Con el objeto de que el presente fenómeno social tenga un fundamento jurídico, en el siguiente apartado, se realiza un análisis de la legislación de tres países latinoamericanos, para determinar las normas jurídicas que sirven de base legal para fundar la necesidad que surge para uno de los cónyuges de solicitar, ante un órgano jurisdiccional, el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el divorcio, partiendo del principio básico de que “todo daño debe indemnizarse”.

La legislación que se analizará es la de Guatemala, la de Argentina y la de México, ya que en América, estos dos últimos países tienen gran influencia en las legislaciones de los demás países. Argentina, sobre todo se han caracterizado por elaborar la mayoría de las nuevas doctrinas en materia de daños, por lo que resulta sumamente interesante comparar ambas legislaciones con la guatemalteca, y de esta forma, inferir las similitudes y diferencias.

4.4.1 Legislación de Guatemala

Considero que es admisible la reparación por los daños causados por un cónyuge a otro tanto por los hechos que dieron lugar a las causales del divorcio como

por los daños resultantes del divorcio en sí, en el sentido de que el que ha causado un daño injusto a otro debe repararlo. Si bien la ley no incorpora un supuesto especial de reparación en el derecho de familia tampoco ha prohibido o restringido esa posibilidad, por lo que corresponde aplicar las normas generales de responsabilidad civil que establece el Código Civil⁶⁰.

Es preciso resaltar que el incumplimiento de los deberes que surgen del régimen legal del matrimonio constituyen hechos ilícitos que deben ser sancionados de acuerdo con el ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que en el Capítulo Único del Título VII del Libro V del Código Civil se denomina “Todo daño debe indemnizarse”, sin hacerse restricción alguna para las cuestiones familiares.

A continuación se establecen las normas jurídicas del Código Civil que pueden servir de fundamento legal para que uno de los cónyuges pueda requerir el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el divorcio:

En primer lugar debe hacerse relación a la noción de daño, en Guatemala, la definición legal de daño se encuentra expresada en el Art. 1434 del Código Civil, el cual en su parte conducente preceptúa: “Los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio”, esta definición aplica a cualquier tipo de daño, variando únicamente la figura del acreedor por agraviado. Asimismo, la figura de los perjuicios se encuentra en la misma disposición normativa que señala: “los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.”.

En relación al daño moral el Código Civil señala en su Art. 1656: “En caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron.” Mientras que los daños físicos o corporales se encuentran reglamentados por el Art. 1655 del mismo cuerpo legal, el cual establece: “Si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los

⁶⁰ Decreto No. 106 del Jefe de Estado, Código Civil de Guatemala

gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios que resulten de su incapacidad corporal, parcial o total para el trabajo, fijado por el juez en atención a las siguientes circunstancias:

- 1o. Edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada;
- 2o. Obligación de la víctima de alimentar a las personas que tengan derecho conforme a la ley; y
- 3o. Posibilidad y capacidad de pago de la parte obligada.

En caso de muerte, los herederos de la víctima, o las personas que tenían derecho a ser alimentadas por ella, podrán reclamar la indemnización que será fijada de conformidad con las disposiciones anteriores.”.

Los daños que sufren las personas respecto a su integridad corporal pueden consistir en las lesiones, pérdida de alguno de los sentidos o de la vida misma, entre otros, y que deben ser indemnizados mediante sumas dinerarias que cubran el valor del tratamiento que tienda a recuperar o restablecer la salud, así como los medicamentos y los perjuicios producidos por los daños sufridos.

El Art.1645 del Código Civil Guatemalteco establece textualmente: “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Como se puede apreciar el citado artículo expresamente señala que toda persona que cause daño a otra debe resarcirlo, no hace el referido artículo ninguna salvedad en materia de divorcio para la aplicación del precepto legal.

Si uno de los cónyuges incurre en alguna o algunas de las causales de divorcio expresadas en el artículo 155 del Código Civil, comete un hecho ilícito, en virtud de que viola deberes derivados del matrimonio, susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio y por ende a las responsabilidades civiles que sus actos voluntarios produzcan,

en relación a aquellos daños y perjuicios que causen al cónyuge inocente, ya sean patrimoniales o morales, en concordancia con las palabras del Dr. Mosset Iturraspe⁶¹, “...no es justo otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad.”.

Las causales del divorcio en Guatemala, según el artículo mencionado, son las siguientes:

- La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;
- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor y, en general, la conducta que haga insoportable la vida en común;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- La separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año;
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
- La disipación de la hacienda doméstica;

⁶¹ Mosset Iturraspe, Jorge. **Ob. Cit.**, pág 450

- Los hábitos de juego o embriaguez, o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
- La condena de uno de los cónyuges, en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión;
- La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;
- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción; y
- Asimismo, es causa para obtener el divorcio, la separación de personas declarada en sentencia firme.

En referencia al momento de plantear el divorcio señala el Art. 158: “El divorcio y la separación sólo pueden solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda.”.

En cuanto a la culpa en la realización de hechos ilícitos proveniente de la infracción de deberes matrimoniales que dan origen al divorcio, el Art. 1424 del Código

Civil de Guatemala expresa: “La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar”. Ahora bien, una vez que una conducta humana es perjudicial o lesiva a otra persona debe ser resarcida de conformidad con el Art. 1645 del cuerpo legal mencionado.

Para concluir el presente análisis, en Guatemala el plazo para ejercitar la acción reparadora proveniente de responsabilidad civil, se encuentra regulado en el Art. 1673 del Código Civil, el cual preceptúa: “La acción para pedir la reparación de los daños o perjuicios a que se refiere este título, prescribe en un año, contado desde el día en que el daño se causó, o en que el ofendido tuvo conocimiento del daño o perjuicio, así como de quien lo produjo.”

De esta manera, el Art. 1513 del cuerpo legal referido, complementa la norma descrita en el párrafo anterior, señalando a partir de cuando corre el plazo indicado cuando se trate de daños provenientes de faltas o delitos: “Prescribe en un año la responsabilidad civil proveniente de delito o falta, y la que nace de los daños o perjuicios causados en las personas...La prescripción corre desde el día en que recaiga sentencia firme condenatoria, o desde aquel en que se causó el daño.”

En materia procesal, es el Código Procesal Civil y Mercantil⁶² el cuerpo legal que regula la forma de resolver cuestiones de divorcio, siendo ésta la vía ordinaria (Art. 96 y 97), complementado con las disposiciones establecidas en la vía voluntaria (Arts. 427, 431, 432, 433 y 434) como se indicó anteriormente, cuyo procedimiento es el siguiente:

- Interposición de la demanda (Ver: Arts.61, 106 y 107 CPCyM)
- Primera Resolución y Notificación (Ver: Art. 66 CPCyM)
- Emplazamiento (Art. 111 y 112 CPCyM)
 - Plazo: 9 días

⁶² Decreto-Ley No. 107 del Jefe de Gobierno, Código Procesal Civil y Mercantil

- Interposición de Excepciones Previas: deben interponerse dentro de los 6 primeros días del periodo de emplazamiento. Por medio de la Vía Incidental (Ver Art. 135 a 140 de la Ley del Organismo Judicial -LOJ-)
- do de Prueba
 - Plazo: 30 días
 - Periodo Extraordinario: hasta 120 días
- Vista (Ver Art. 142 LOJ)
 - Plazo: 15 días
- Auto para mejor Fallar (Ver: Art. 197 CPCyM)
 - Plazo: 15 días
 - De oficio o a solicitud de parte.
- Sentencia (Ver: Art. 142 LOJ)
 - Plazo: 15 días

En este orden de ideas, la ausencia de normas jurídicas particulares referente al resarcimiento de los daños y perjuicios, materiales o morales, vinculados con los hechos que dieron lugar a una o varias causales para solicitar el divorcio no puede ser alegada para impedir la indemnización que corresponda.

Lo anteriormente dicho, en el sentido de que, sería contrario a los principios, que inspiran al derecho civil y de familia de Guatemala, el invocar silencio en la regulación legislativa de los efectos del divorcio en el régimen legal vigente, para oponerse a un resarcimiento, que si bien es cierto tiene cierta conexión circunstancial con el divorcio, en realidad se relaciona y se exige en virtud del acto ilícito que origina su declaración en la respectiva sentencia.

4.4.2 Legislación comparada

4.4.2.1 Argentina

En relación a los daños provocados por el divorcio, el Código Civil de Argentina, en el artículo 901 parte 2ª, sostiene que el divorcio, como tal, puede importar daños

mediatos o consecuencias mediatas que serán imputables al culpable del divorcio cuando éste los previó o debió preverlos, artículo 904 del mencionado cuerpo legal.

Según Zannoni⁶³ “...la doctrina mayoritaria, con distintos argumentos, ha considerado que los daños y perjuicios son, en este caso, reparables. Se parte del principio general en materia de responsabilidad civil, contenido en el art. 1109 del Cód. Civil, y una vez aceptado que toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito civil, se hace aplicación de las disposiciones de los arts. 1068, 1077, 1078...”.

En Argentina, el ordenamiento jurídico prevé en los casos de divorcio forzoso o culpable sanciones en el ámbito asistencial, a través de la prestación alimentaria que se preceptúa y cuyas pautas enumera el art. 207 del Código Civil, no debe confundirse con una indemnización resarcitoria dicha prestación, porque ésta tiene carácter alimentario.

Argentina es un país en el cual se ha desarrollado ampliamente la doctrina del derecho de daños, tan compleja y tratada en los últimos años, y ha sido uno de los lugares en donde sus tribunales han aplicado la teoría de la responsabilidad civil extracontractual en la fijación de indemnizaciones por los daños producidos por el divorcio. Sin embargo, ningún cuerpo normativo de dicho país, incluye expresamente ninguna norma jurídica que preceptúe la posibilidad de requerir el pago de daños y perjuicios producidos por el divorcio. Las sentencias que han establecido la necesidad de resarcir los daños y perjuicios producidos por el divorcio se fundamentan en la norma jurídica, que al igual que en Guatemala, regula de forma general la obligatoriedad de una persona de resarcir cualquier daño inferido a otra persona.

En cuanto a los precedentes en favor de la reparación, se inician con un fallo de la Cámara Primera Civil y Comercial de La Plata, Sala 2^a, en el año 1983, que juzgó indemnizable el daño moral producido por el adulterio de la esposa, seguido muy poco después por la Sala 3^a del mismo tribunal.

⁶³ Zannoni, Eduardo. **Ob. Cit.**, pág. 2

Durante el transcurso de los años, los tribunales argentinos, han aceptado la interposición de la acción indemnizatoria, siendo el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, según expediente número 20-09-1994, el que se manifestó en cuanto a cuáles son los daños que admiten reparación en un proceso de divorcio, expresando textualmente: “En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de la causales de divorcio”. Como se evidencia, el Tribunal limitó la reparación al daño moral proveniente de los hechos derivados del divorcio, dejando fuera todos aquellos daños que puede provenir del divorcio en sí.

En este sentido se han dictado numerosas sentencias condenatorias en los últimos ocho años como aplicación a la disposición referida en el párrafo anterior, enderezados bajo la misma postura.

Zannoni⁶⁴ establece que “la reparabilidad se sitúa con independencia de las pretensiones que naturalmente fundan la separación personal o el divorcio vincular...”. Este autor considera que existe un caso en el cual podría determinarse una indemnización por daños derivados del divorcio en sí y al respecto manifiesta “...el divorcio puede producir, en algún caso, un daño patrimonial cierto, como lo es la necesidad de liquidar anticipadamente la sociedad conyugal en razón de la disolución de la comunidad que es efecto propio de la sentencia de separación personal o divorcio vincular según el art. 1306, Cód. Civil.”

La 35ª Ponencia en el VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS, “RESPONSABILIDADES EN EL SIGLO XXI”, que se llevó a cabo en Buenos Aire, estableció las conclusiones siguientes:

⁶⁴ **Ibid.**, pág. 5

- Deberán resarcirse los daños patrimoniales y morales derivados del divorcio o de la separación personal, que resultaron de los hechos ilícitos que dieron lugar a las causales de separación personal o divorcio vincular.
- No corresponde reparación por daños como consecuencia de la separación personal o divorcio vincular en sí mismo.
- Deben resarcirse los daños producidos por los hechos ilícitos que dieron lugar a las causales de separación personal o divorcio vincular cuando estos hayan tenido entidad suficiente y hayan sido debidamente probados en juicio de divorcio o separación personal.
- La responsabilidad derivada de los daños causado por uno de los esposos al otro con motivo de los hechos constitutivos de las causales de divorcio es de carácter extracontractual.
- Corresponde al juez que entiende en el juicio de separación personal o divorcio vincular, la valoración y cuantificación del daño patrimonial y moral por las causales que le dieron lugar.
- La acción por resarcimiento de los daños materiales o morales deberá ser interpuesta conjuntamente con la demanda de divorcio vincular o separación personal, o durante la tramitación de dicho juicio.

La jurisprudencia argentina se ha manifestado en contra de la compensación de daños entre los cónyuges, aduciendo al respecto que las injurias recíprocas de los cónyuges, en principio, no se compensan ni los autoriza a apartarse de sus deberes matrimoniales. Del mismo modo, manifiesta otro fallo, que el sistema legal de Argentina, no existe graduación ni compensación de culpas, por lo que la conducta de uno de los cónyuges no autoriza ni justifica la del otro.

En el mismo sentido, la jurisprudencia se ha expresado diciendo que las injurias inferidas por un esposo contra el otro, no pueden compensarse con las recibidas por él, por lo que el proceder injurioso de uno de los cónyuges no justifica la actitud similar del otro, ni atenúa su culpa.

Zannoni⁶⁵ señala que una sentencia del plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina falló respecto de la reparación de este tipo de daños de la siguiente manera: "...por mayoría, ha resuelto que es reparable el daño moral que es consecuencia de los hechos que dieron causa al divorcio".

4.4.2.2 México

Para los juristas mexicanos, el deseo de indisolubilidad matrimonial es manifestación de diversos intereses en juego, como lo son un hogar tranquilo, la educación y el ejemplo a los hijos, la paz y tranquilidad social, etc. Sin embargo, también consideran que existen razones de tal importancia, que ha sido necesario adoptar el divorcio y la nulidad del matrimonio, los cuales son considerados males menores en comparación a mantener un vínculo matrimonial dañino para los esposos, para su familia y para la sociedad.

En este sentido señala Rafael Rojina Villegas⁶⁶ que "...si la comunión espiritual del matrimonio ha dejado de existir... el divorcio es una medida necesaria para evitar inmoralidades de mayor alcance, para detener un torrente de inmoralidad que de otra manera el derecho está permitiendo."

Así el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal indica: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". No

⁶⁵ Zannoni, Eduardo, **Ob. Cit.**, pág. 3

⁶⁶ Rojina Villegas, Rafael. **Teoría general de las obligaciones**, pág. 450

sólo alude el precepto al efecto de la disolución del vínculo conyugal, sino que señala la posibilidad de dejar en aptitud a los cónyuges de rehacer una nueva vida matrimonial.

De acuerdo con la ley mexicana existen dos tipos de divorcio, necesario y por mutuo consentimiento o voluntario. El código civil señala que el divorcio será necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclame ante la autoridad judicial aduciendo y fundándolo en alguna de las causales que dicho cuerpo normativo menciona en el artículo 267, en el cual se señalan veintiún causas de divorcio necesario, todas las cuales pueden poner en disputa conductas de las partes, las que pueden ser invocadas para que el juez dicte una sentencia en contra del cónyuge culpable.

Regularmente, el divorcio necesario resulta denigrante y siempre lesivo para la reputación de las partes, ya que las disputas suelen ser de diversa índole, algunas contemplan el interés abstracto de los esposos, intereses familiares, otras se apoyan en sentimientos o creencias religiosas, pero todas, afectan a la sociedad en general, y principalmente, a la familia misma.

Dentro de la materia propia de esta investigación, el Código Civil del Distrito Federal, contiene una norma jurídica de suma importancia, señala expresamente la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges solicite el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el divorcio, además de la cuota alimenticia que le corresponde, este artículo preceptúa textualmente: “El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado.”.

En conclusión, en México, se establece que el propósito del matrimonio no es solamente iniciar o continuar la vida en común y la multiplicación de la especie humana, sino responder de las consecuencias de ambos propósitos, que han dado lugar a la legalización de esa unión a través del cumplimiento de los diversos requisitos y solemnidades que la ley establece y que garantizan su permanencia. Por ello, cuando dicho vínculo no puede continuarse por situaciones dañosas para uno o ambos

cónyuges, es oportuno llevar a cabo el respectivo proceso de divorcio. Lo aconsejable siempre será optar por el divorcio voluntario, sin embargo, no en todos los casos es posible, algunas veces, uno de los cónyuges le ha proferido al otro, menoscabos tan lesivos que es preciso que exista una sentencia de divorcio, en la que, además de declarar la disolución del vínculo y la fijación de una pensión alimenticia para los hijos, si los hubiera, y para el cónyuge inculpable, se establezca una cantidad indemnizatoria para resarcir los daños y perjuicios que se le ocasionados por el divorcio.

Como se puede observar, la norma jurídica, no señala si son reparables los daños provenientes de los hechos que constituyen la o las causales del divorcio, o del divorcio en sí mismo, por lo que los juzgadores han valorado y fijado la indemnización respectiva en ambos casos.

CONCLUSIONES

1. El daño moral se considera una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un estado emocional diferente de aquél en que se hallaba una persona antes del acto dañoso, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones emocionales.
2. En virtud de que la legislación de Guatemala, no contiene normas jurídicas que prohíban o restrinjan el derecho que tiene una persona de que se le resarzan los daños que lo afecten, ya sean patrimoniales o morales, producidos por el divorcio, la acción por resarcimiento éstos podría ser interpuesta conjuntamente con la demanda de divorcio, o bien, en juicio ordinario posterior.
3. El cónyuge inocente en un proceso de divorcio no siempre podrá requerir el pago de una indemnización reparadora, por lo que la posibilidad de resarcir los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio contencioso, ya que solamente procederá cuando coexistan todos los presupuestos que conforman la responsabilidad civil extracontractual.

RECOMENDACIONES

1. Es preciso que se establezca, a través de los órganos jurisdiccionales, si dentro de la realidad guatemalteca, conviene aplicarse el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes del divorcio, tanto los ocasionados por los hechos ilícitos que dieron lugar a alguna causal para demandarlo, como de los causados por el divorcio en sí mismo.
2. Es conveniente que los abogados, al ser requerida su intervención para requerir la declaración judicial de divorcio por causal determinada, si las circunstancias del caso lo ameritan, que aconsejen a sus clientes sobre la posibilidad de que soliciten la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio en la demanda o a través de juicio posterior.
3. Los daños y perjuicios producidos por el divorcio, tanto por las causales como por el divorcio en sí, generan efectos negativos en el cónyuge inculpable, ya que generan una diversidad de menoscabos, tanto patrimoniales como emocionales, por lo que aquéllos deberían ser objeto de regulación legal en Guatemala, a través de la incorporación de normas jurídicas que los incluyan en el apartado del divorcio.
4. El órgano jurisdiccional competente de conocer un asunto contencioso de divorcio, en el que se plantee el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por aquél, debe realizar la valoración y cuantificación de los mismos de forma minuciosa, ya que el daño resarcible exclusivamente puede provenir de una causal o del divorcio en sí mismo, pues de lo contrario el divorcio se convertiría en una causa de enriquecimiento ilícito para el cónyuge que los demande.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Litografía Orión, 2007.
- BARBERO, Omar U. **Daños y perjuicios derivados del divorcio**, (s.e.); Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1977.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. Colección textos jurídicos universitarios. 4ª. ed.; México: Ed. Oxford University Press, 1999.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**, T. I, 1ª. ed.; Guatemala: Ed. Académica Centroamericana, S.A., 1982.
- BELLUSCIO, Augusto C., Zannoni. **Derecho de familia**, T. III, (s.e.); Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1974.
- BELLUSCIO, Augusto C., **Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio**, T. III, 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1998.
- BIBILIONI, Juan B. **Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino**, T. II, 1ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Valerio, 1931.
- BORDA, Guillermo A. **Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio**. (s.e.); Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1998.
- BORDA, Guillermo A., **Tratado de derecho civil**, T. I, 9ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1997.
- BREBBIA, R. H. **El daño moral. Doctrina, legislación y jurisprudencia**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica, 1957.
- BREBBIA, Roberto H. **Instituciones de derecho civil**, T. II 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica, 1990.
- BUSTAMANTE ALCINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Beledo Perrot, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. T. I y II, 14ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1979.
- CIFUENTES, Santos. **El divorcio y la responsabilidad por daño moral**, La Ley, (s.e.), Buenos Aires, Argentina, 1990.

- COREA VILLEDA DE BÁTTEEN, Rosa Amelia. **El daño**. Revista jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Sistema de Pos-grado, Maestría en derecho civil y procesal civil, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, junio de 2003.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. **Instituciones de derecho civil**, T. I, 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Civitas, S.A., 1991.
- DE CUPIS, Danno. **Teoria generale della responsabilità civile**, v. I y II, Milán, Italia: Giuffré Editore, 1966.
- GARCÍA LÓPEZ, R., **Responsabilidad civil por daños morales (doctrina y jurisprudencia)**, (s.e.); Barcelona, España: Ed. Bosch, 1990.
- GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís, **Anuario de derecho civil**. (s.e.); Madrid, España: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1982.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS. **Anuario de derecho civil**, T. XXV, fascículo I, Madrid, España: Servicio de Publicaciones, enero a marzo de 1977.
- LASARTE ALVAREZ, C., **Principios de derecho civil. Derecho de obligaciones**, T. I y II, (s.e.); Madrid, España: Ed. Trivium, 1993.
- LLAMBÍAS, Jorge J., **Tratado de derecho civil. Obligaciones**, T. I, 3ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1978.
- LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. **El derecho de familia en la problemática contemporánea**, (s.e.); Buenos Aires, Argentina: Cooperadora de derecho, 1968.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **Instituciones de derecho civil**, T. IV (s.e); México: Ed. Porrúa, 1997.
- MATTA CONSUEGRA, Daniel. **Derecho de las personas y de la familia guatemalteco (con análisis doctrinario, legal y jurisprudencial)**. 1ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Mayté, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Los daños emergentes del divorcio**, La Ley, Buenos Aires, Argentina (s.l.i.) 1983-C-353, VII.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, (s.e.); Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1987.

PIÑA VARO, Rafael. **Diccionario de derecho**, 31ª. ed.; Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Teoría General de las Obligaciones**. 17ª ed.; Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 1991.

SANDOVAL DE AQUECHE, María Elisa. **Elementos fundamentales en el estudio del derecho de obligaciones**. Guatemala (s.l.i); Unidad de Capacitación Institucional del Organismo Judicial, 2001.

SANTOS BRIZ, Jaime. **La responsabilidad civil**. 6ª. Ed.; (s.l.i): Editorial Montecorvo, 1,991.

TRABUCCHI, **Instituciones de derecho civil**, T. II, (s.e), Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1967.

URIARTE, Jorge A. **Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio**. Buenos Aires, Argentina, (s.l.i.). 1998.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho de familia**, T. II, 4ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2002.

ZANNONI, Eduardo. **Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio**. 1ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2002.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 106.

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdia Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 107.

Código Penal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 17-73.

Ley de Arbitraje, Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 67-95.

Código Civil de la República de Argentina, Ley No. 340.

Código Civil Federal de México

Páginas web consultadas:

www.aaba.org.ar

www.argentinajuridica.com/

www.indret.com

www.judicial@uio.satnet.net

www.justiniano.com

www.oms.org

www.rafaelvallenas@starmedia.com

www.todoelderecho.com

www.todoiure.com.ar/