

## **FIDELIDAD CONYUGAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿ACASO EL DESAMOR ES UN SENTIMIENTO INDEMNIZABLE? \***

SABRINA ANABEL SILVA \*\*

**Resumen:** La autonomía de la voluntad se instala en la escena matrimonial, así la cuestiona y enriquece, conminándonos a revisar de manera crítica la conceptualización "dada" de fidelidad. El Código Civil y Comercial de la Nación alza bandera al pluralismo pregonado por la doctrina internacional de los derechos humanos y nos permite apreciar dos grandes conquistas que se retroalimentan: la derogación del contenido jurídico del derecho-deber de fidelidad y el divorcio incausado, de conformidad con el art. 19 de la Constitución Nacional. La lectura sistémica del Código Civil y Comercial de la Nación, en virtud de las directivas interpretativas del Título Preliminar, afirma que la infidelidad per se no acarrea consecuencias jurídicas. Ello no significa rechazar los daños en la órbita matrimonial, sino colocarlos en su justo lugar. Si se pretende no avasallar las particularidades y especialidades de las relaciones familiares, el deber de reparar deriva de la vulneración de los derechos fundamentales y los derechos humanos, no del divorcio.

**Palabras clave:** deber de fidelidad – responsabilidad civil – matrimonio – daños en las relaciones de familia – código civil y comercial

**Abstract:** The free will poses itself in the matrimony scene, and asking questions and making it richer, demanding of us to examine the "given" conceptualization of fidelity in a critical way of. The Civil and Commercial Cod rises up to the acclaimed

\* Esta obra ha sido seleccionada como una de las ganadoras del Concurso de Ponencias para Estudiantes "Temas de Derecho Civil desde la perspectiva de Derechos Humanos" organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fecha de aceptación: 14/08/2015.

\*\* Estudiante de grado en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Becaria Estímulo UBACyT 2016. Integrante del Proyecto UBACyT "Realidad y Legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación" bajo la dirección de Marisa Herrera. Programación Científica 2016.

international human rights doctrine's pluralism and leads us to appreciate two great conquests: the abolition of the right-duty of fidelity's juridical content and the divorce without a cause, in accordance with the 19 article of the National Constitution. The systemic reading of the Civil and Commercial Code, in the light of the Preliminary Title's interpretative board of directions, confirms that infidelity per se doesn't carry any juridical consequences. That doesn't mean rejecting all of the damages in the matrimony orbit, but putting them in their right place. If the intention is not to contaminate the peculiarity of the family relations, the duty to repair will be only originated in the damage of the fundamental and human rights, not the divorce.

**Keywords:** conyugal fidelity – civil responsibility – matrimony – damage to family relationships – civil and commercial code

## I. LA FIDELIDAD MARITAL DESDE LA OBLIGADA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la Argentina, la constitucionalización implica internacionalización, desde que ciertos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (IIDH) integran nuestra regla de reconocimiento constitucional-convencional.<sup>1</sup> Esta expansión hace que la doctrina de los derechos humanos sea un punto de partida y, al mismo tiempo, de llegada; el modo obligado de leer la realidad e interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto.<sup>2</sup>

¿Cómo y desde dónde interpretar la fidelidad conyugal? ¿Cuáles son los principios constitucionales-convencionales sobre los que se edifica?

El art. 19 de la Constitución Nacional (CN) consagra el principio de autonomía de la persona humana o libertad de intimidad, su amplitud nos permite inscribir dentro de su ámbito de protección diversas situaciones derivadas de las relaciones familiares y hablar del derecho a la intimidad familiar.<sup>3</sup>

La libertad encuentra su fundamento en la autonomía, al respecto la

1. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en GRAHAM, M. y HERRERA, M., *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus, 2014, p.14.

2. HERRERA, M. (Dir.), CULACIATI, M. M. y RODRÍGUEZ ITURBURU, M. (coords.), *Teoría y práctica del derecho de familia hoy*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 10.

3. GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V., HERRERA, M., *Derecho Constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 230 y ss.

Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona".<sup>4</sup>

La libertad en directa ligazón con la intimidad, ha sido definida hace tiempo por Bidart Campos como "una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual tanto podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros, como realizar acciones autorreferentes que caigan bajo ese conocimiento".<sup>5</sup>

Ya en 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el paradigmático fallo *Sejean*, abrió el juego al sistema constitucional de libertades individuales que gira en torno al art. 19 dentro de la órbita matrimonial, reconociendo a la libertad y dignidad como ideales básicos de la CN "que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana".<sup>6</sup> En este orden de ideas, Petracchi en su voto deja claro que para asegurar la libertad de las personas, se requiere que actúen según su conciencia y libre elección.<sup>7</sup>

De lo expuesto, no debe inferirse que el art. 19 de la CN protege únicamente las acciones que de ningún modo se exteriorizan a lo público, ni que la libertad de intimidad se agota en el reconocimiento de un ámbito de protección de conductas individuales; sino que cabe incluir a aquellas conductas privadas que pueden compartir dos o más sujetos,<sup>8</sup> como lo es el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio.

La libertad de intimidad ostenta un campo de acción amplio, donde –dentro del derecho de las familias– se presenta a la autonomía de la voluntad como una de sus innumerables proyecciones; conduciéndonos hacia la contractualización de la familia, entendida como sinónimo de acuerdo de voluntades en su organización. Esta tendencia es un fenómeno evidente que nos manda a reflexionar si la autonomía, como expresión

4. KEMELMAKER DE CARLUCCI, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", ob. cit., p.4.

5. Citado por GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V., HERRERA, M., ob. cit., p. 219.

6. CSJN, "*Sejean, Juan Bautista c/ Ana Maria Saks de Sejean*", sentencia del 27 de noviembre de 1986.

7. *Ibid.*

8. GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V. y HERRERA, M., ob. cit., p. 219 y ss.

de la voluntad, impacta y cuanto en las relaciones que configuran la vida familiar.<sup>9</sup>

Sin duda, uno de los ámbitos en los que la autonomía de la voluntad se ha colocado como elemento rupturista del carácter "sacro" de la familia, ha sido en las relaciones personales de los cónyuges.

Plantear en la actualidad esta incidencia significa reconocer el impacto que ha sabido generar la perspectiva de género en el derecho familiar, toda vez que para hablar de autonomía de la voluntad, se debe partir de la igualdad en el status jurídico de ambos cónyuges. Pues la igualdad no solo es un derecho sino que es un principio que atraviesa y le da contenido a todos los restantes derechos humanos.<sup>10</sup>

¿Acaso el contenido y alcance de la fidelidad no se alista dentro de la esfera de la libertad de intimidad de la pareja? Hasta aquí pareciera que la respuesta afirmativa se impone, cabe ahondar entonces en sus criterios limitativos.

Es el propio art. 19 de la CN el que tras amparar la inmunidad de las acciones personales, indica su límite en la ofensa al orden, la moral pública y el perjuicio a terceros.

Si lo que se pretende es no caer en una apreciación arcaica, fácil se advierte que tanto el orden como la moral pública se caracterizan por su dinamismo y relatividad. En consecuencia, cualquiera sea la significación que se le dé al alcance de dichas pautas de recorte no ostentan la entidad suficiente para resultar un obstáculo en la voluntad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, siendo su único límite legítimo la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otro.<sup>11</sup>

Antes de dar por concluido este apartado, es menester detenerse en la relación intrínseca entre regla de reconocimiento constitucional-convenional, orden simbólico y sujeto. Al respecto, Andrés Gil Domínguez enseña que a partir del derecho "se construye un orden donde se explicitan

9. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", ob. cit, p.5 y ss.

10. Facio, Alda, *La igualdad sustantiva un paradigma emergente de la ciencia jurídica*, disponible en: [<http://cidem-ac.org/PDFs/bibliovirtual/IGUALDAD/IGUALDAD%20SUS-TANTIVA.%20DRA.%20ALDA%20FACIO.pdf>], Consultado por última vez el 8 de julio de 2015.

11. Para mayor comprensión y desarrollo del tema véase GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V. y HERRERA, M., ob. cit., p. 216 y ss.

por voces o silencios, la simbología a partir de la cual la subjetividad –por adecuación o rechazo– se construye o se frustra”.<sup>12</sup>

El autor señala que nuestra regla de reconocimiento, en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN, trae un orden simbólico distinto al local –el configurado en torno a los derechos humanos– y necesariamente instituye uno nuevo, cuya principal consecuencia es la “rematerialización” de la Constitución y la “resignificación” de conceptos construidos a la luz de viejos paradigmas. De esta manera, los derechos humanos irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único. Justamente uno de los campos más fructíferos para observar este fenómeno lo encontramos en la sexualidad.<sup>13</sup>

Una vez situada la fidelidad dentro de la libertad de intimidad de sus propios protagonistas y despojados del inconsciente del discurso jurídico, es decir, de todo lo que no se dice cuando afirmamos con total convicción que la fidelidad es la exclusividad sexual con carácter de reciprocidad; nos encontramos con su indefinición o, mejor dicho, su autodefinition como resultado de una biografía conjunta elaborada por la pareja en torno a su sexualidad. Biografía enfocada desde el goce y el placer de los sujetos implicados. El único límite es la consumación de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de otras personas, en cuyo caso tendremos una colisión de derechos fundamentales que se resolverá (conforme a los condicionamientos fácticos que envuelvan la controversia suscitada) por aplicación del razonamiento o mecanismo de ponderación.<sup>14</sup>

Apreciar la fidelidad así no significa “banalizar” el matrimonio, sino correrse de “esa compleja dupla signada por el miedo a la libertad y la hiper o sobrevaloración de la ley para cambiar relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas que lo que ordena la ley?”<sup>15</sup>

12. GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina Art. 75, inc. 22CN- Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 15.

13. *Ibid.*

14. GIL DOMÍNGUEZ, A., “Cuando de *swingers* se trata la Constitución es la que manda” en *La Ley* 2003-E, 501, Bs. As., 2003, p. 2.

15. HERRERA, M., “Sobre familias en plural. Reformar para transformar” en *Revista Jurídica UCES*, 17, 105-132, 2013, p. 119

## II. LA LÓGICA DEL DEBER MORAL DE FIDELIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

### II.A. Una breve aclaración metodológica con repercusión directa en el fondo

Aida Kemelmajer de Carlucci, en el IV Encuentro de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia, nos invitó a razonar sobre cómo el Código Civil y Comercial de la Nación –CCyC– integra el neo-constitucionalismo, cuyos rasgos sobresalientes podemos sintetizar a continuación:

*La omnipresencia de la Constitución Nacional en todas las áreas jurídicas:* no solo se la coloca en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que baja y contamina el resto del ordenamiento infra.

*Mayor presencia de principios generales que reglas casuísticas:* como consecuencia del primero, en materia de derecho de las familias, varios capítulos del Libro Segundo, dedican su primer artículo a la numeración de los principios generales que gobiernan cada una de sus instituciones.

La órbita constitucional recepta valores discrepantes que nos obligan a correr del clásico método de subsunción para resolver los temas del derecho civil y la familia, si bien este método se sigue aplicando, se requiere en mayor medida la ponderación y el deber de argumentar sin dogmatismos.

En presencia de esta constelación plural de valores y a los efectos del mecanismo de ponderación, se deberá encontrar un punto de partida común entre las discrepancias ideológicas a la hora de resolver los conflictos que se susciten en vigencia del CCyC. Esta arquitectura jurídica exige, de los operadores del derecho, razonamiento y argumento.<sup>16</sup>

### II.B. La constitucionalización del derecho privado: El Título Preliminar

El Título Preliminar del CCyC, en tanto aporta principios, confiere al sistema un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco para su com-

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Claves para comprender la reforma del Código Civil en materia de familias", IV Encuentro de jóvenes abogados en Derecho de Familia, CABA, UP Facultad de Derecho, 27/11/2014.

prensión.<sup>17</sup> Es la herramienta interpretativa superlativa del texto civil y comercial.

El art. 1 establece el sistema de fuentes y su aplicación "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho"; el art. 2 del CCyC proyecta su interpretación "...teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Cabe observar que, mientras el art. 1 se ocupa del marco conceptual teórico, las fuentes, el art. 2 del CCyC, al aludir a su interpretación, establece su vertiente práctica y, justamente, esta interacción hace a la coherencia aludida en la última parte del segundo artículo. En otras palabras, hacen que la teoría –en especial, el CCyC– y la práctica –la interpretación al resolver los casos– interaccionen de modo coherente.<sup>18</sup>

Por último, el art. 3 del CCyC impone a los jueces y juezas el deber de resolver los conflictos "mediante una decisión razonablemente fundada". En este sentido, la retroalimentación entre las disposiciones del Título Preliminar reside en que las ahora explicitadas pautas la 'finalidad' del texto de la ley, 'los tratados sobre derechos humanos', 'los valores jurídicos' y el 'modo coherente con todo el ordenamiento' [es un] reservorio [que] constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada".<sup>19</sup>

En suma, el CCyC pone fin a la tensión entre la normativa infraconstitucional y las prescripciones de nuestra CN y de los IIDH; de este modo, la aclamada "constitucionalización del derecho privado" encuentra su anclaje formal al reconstruirse la legislación civil y co-

17. LORENZETTI, R. L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en LL, 2012-C, p. 581

18. HERRERA, M. y CAMELO, G., "Título Preliminar", en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2015, p. 13.

19. HERRERA, M. y CAMELO, G., "Título Preliminar", ob. cit., p. 19.

mercantil a la luz de nuestra regla de reconocimiento constitucional-convencional.

## II.C. Principios constitucionales-convencionales del matrimonio

En total consonancia con el criterio axiológico analizado en el primer acápite, el nuevo articulado establece que el matrimonio se estructura sobre los principios de libertad e igualdad. En los fundamentos del Anteproyecto se expresa:

“La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura [...] eje rector de las normas y de su interpretación [...] El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual [...] muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional”.

De este modo, redefine el orden público matrimonial garantizando la *igualdad* en el status jurídico de los cónyuges, como su consecuencia inmediata el ejercicio de la *autonomía* personal, y la *libertad* respecto del propio plan de vida, cuyo único límite legítimo es la consumación del daño directo a los derechos fundamentales de otras personas.<sup>20</sup>

## II.D. El cambio de paradigma: segmentación de los derechos-deberes personales del matrimonio

### II.D.1. ¿Por qué y qué reformar?

El art. 198 del Código derogado establecía el derecho-deber jurídico de fidelidad pero se abstenía de conceptualizarlo; tarea a la que se ha dedicado la doctrina y jurisprudencia, concibiéndolo como la abstención de cada uno de los consortes de mantener otra relación o crear una apariencia comprometida que pueda afectar al otro cónyuge; con carácter de recíproco, indispensable y permanente.<sup>21</sup>

20. MOLINA DE JUAN, M., “Derechos y deberes de los cónyuges”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 99.

21. HERRERA, M. (dir.); CULACIATI, M. M.; RODRÍGUEZ ITURBURU, M. (coords.), ob. cit., p. 148.



En este orden de ideas, se le reconocía un aspecto positivo –mantener relaciones sexuales con el cónyuge– y otro negativo, no mantener relaciones sexuales con terceros. Como contracara de la misma moneda, la infidelidad podía ser moral –conductas que evidencian relaciones de deseo, atracción o vínculo estrecho con un tercero aun sin mantener relaciones sexuales– o material, cometer adulterio.<sup>22</sup>

No obstante su contenido jurídico, resulta absurdamente obvia su imposibilidad de cumplimiento en forma coactiva. El *quid* de la cuestión radicaba en la lógica interna del resto del articulado que, al regular el sistema de divorcio sanción, le adjudicaba a su violación consecuencias jurídicas. En su faz material, daba lugar a la causal culpable de adulterio y, en su faz moral, a injurias graves.

Ahora bien ¿podían los cónyuges dispensarse mutuamente del deber de fidelidad? ¿El deber de fidelidad subsistía tras la separación de hecho y se traducía entonces en un deber de abstención sexual hasta la sentencia de divorcio? ¿Existía un único culpable en el deterioro del matrimonio? De existirlo ¿Era fácticamente posible determinar el verdadero culpable o, consecuentemente, el inocente era quien presentaba las mejores pruebas en juicio? En el afán de ser el vencedor en juicio, ¿no se acentuaba el dolor y los resentimientos impactando de manera directa en todo el grupo familiar?

Fácil se vislumbra que la lógica del Código derogado mantenía, aun tras la secularización del Derecho, repercusiones del sistema de ética derivado de la religión en torno al ejercicio de la sexualidad, contrariando los principios constitucionales-convencionales del matrimonio.

El Derecho fue, es y será ideología, donde la complejidad actual de las relaciones sociales juega un rol preponderante para la de-construcción del vocablo familia como grupo homogéneo fundado casi exclusivamente en el matrimonio heterosexual o en la filiación, para dar lugar a la heterogeneidad.<sup>23</sup>

En consecuencia, si la ideología ha cambiado, sustentándose en la noción de pluralismo, exaltada por la doctrina internacional de los derechos

22. *Ibid.*, p. 149.

23. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Capítulo introductorio", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, ob. cit. p. 9 y ss.

humanos que nos obliga a apartarnos de los prejuicios que casi todos tenemos en torno al ejercicio de la sexualidad, ya no basta con la interpretación dinámica del ordenamiento jurídico, sino que hay que reformarlo.

### *II.D.2. El deber moral de fidelidad*

El art. 431 del CCyC establece: asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

El criterio axiológico constitucional-internacional que sostiene el nuevo articulado, trajo consigo un cambio de paradigma en el modo de concebir las relaciones personales de los cónyuges. En este sentido, se sitúa como primer pilar conquistado la derogación del contenido legal del derecho-deber de fidelidad calificándolo como moral, es decir, reserva su contenido y alcance a la órbita privada de los miembros del matrimonio, no generando ningún efecto en el plano jurídico.

¿Cuál es la razón por la cual se menciona un deber moral como la fidelidad dentro del CCyC? La presión de la Iglesia Católica, un actor social que siempre ha tenido un rol o voz más fuerte en todas las cuestiones relacionadas con la familia en singular como en plural.<sup>24</sup>

La política legislativa adoptada pareciera que se constituyó con el fin de "no herir susceptibilidades" y, al mismo tiempo, al catalogar la fidelidad como deber moral, dejar claro que la monogamia sexual no forma parte de la esencia del matrimonio. En palabras de Marisa Herrera, integrante del equipo de redacción del Anteproyecto: "sucede que se está sumamente huérfano de argumentos jurídicos para defender una incorporación fundada solo en razones religiosas, siendo que estas están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (conf. art. 19 de la Carta Magna); en este caso, debería quedar fuera de la legislación civil. Es por ello que el texto del Anteproyecto nace con esta primera concesión. Parecería que, como sucedió al momento de debatirse la ley 23.515, no es fácil lograr una normativa civil alejada de dogmas religiosos, proviniendo siempre del mismo credo o sector".<sup>25</sup>

24. Solo basta recordar el rol que ha cumplido la Iglesia Católica en contra del divorcio vincular o de manera más reciente, de la sanción de la ley 26.618 conocida como ley de matrimonio igualitario.

25. HERRERA, M., "El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que

## II.E. Lógica interna del CCyC. Interacción y retroalimentación entre los derechos-deberes personales del matrimonio y el sistema de divorcio incausado

Si bien los cambios en materia de divorcio son radicales, la relación intrínseca entre los derechos-deberes matrimoniales y el régimen de divorcio, a la hora de analizar la virtualidad jurídica de los primeros, se mantiene intacta.

Al resolver la crisis matrimonial el CCyC focaliza en los efectos para los integrantes de la familia y no en las causas de la ruptura. Es así que se pasa de un sistema de divorcio causado a un incausado, o sin expresión de causa.<sup>26</sup>

¿Qué significa que sea incausado?

“Un matrimonio se celebra y se sostiene de a dos, por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea peticionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. El Código Civil y Comercial no obliga a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad “en nombre de la ley”. Ello no solo viola el principio de libertad y autonomía, sino que podría agravar la conflictiva conyugal hasta alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica”.<sup>27</sup>

¿Por qué focaliza en los efectos y no en las causas? Los Fundamentos del Anteproyecto nos dan la respuesta:

“La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

Resulta obvia la perversidad de la atribución de culpas en un divorcio de todos los ángulos en que se lo aprecie.

---

se avecina. Bases para comprender el régimen de divorcio incausado”, en GRAHAM, M. y HERRERA, M., *Derecho de las Familias, Infancia...*, ob. cit., p 295 y 293.

26. DUPRAT, C., “Disolución del Matrimonio”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M., LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, ob. cit., p. 324.

27. HERRERA, M., *La lógica del Código Civil y Comercial...*, ob. cit.

No es posible conocer realmente si hay único y verdadero culpable, o si se han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en juicio<sup>28</sup>, lo cual nos lleva a firmar su dificultad probatoria en el ámbito procesal.

Varios estudios interdisciplinarios han demostrado que no existe un culpable y un inocente, sino que ambos han contribuido –antes o después, en algún grado– a la crisis matrimonial.<sup>29</sup>

Su latente génesis perniciosa se maximiza a la luz del interés superior del niño. La determinación de un culpable es capaz de desestructurar a los hijos, es una fuente de exclusión y destrucción del grupo familiar. La culpa es un veneno que se destila en el corazón del niño obstaculizando el vínculo filial.<sup>30</sup> El divorcio disuelve el vínculo matrimonial no la familia, el proyecto de vida en común se termina pero no sus funciones parentales conjuntas, ambos seguirán siendo padres solo que bajo una organización familiar diferente. Si lo que se pretende es que el cese de la comunidad de vida tenga la menor incidencia posible en la vida del niño, garantizándole el derecho de comunicación con su progenitor no conviviente, resulta inescindible mantener una comunicación lo más pacífica y fluida posible entre ambos padres y/o madres.

En suma, el régimen de divorcio incausado veda automáticamente el contenido legal de la fidelidad, su único interés y virtualidad queda circunscripta al ámbito ético.<sup>31</sup> ¿Tiene consecuencias jurídicas la infidelidad? No, tanto del análisis del art. 431 como de la lectura sistémica del CCyC, se puede concluir que la infidelidad no le interesa al ordenamiento jurídico.

### III. LA DICOTOMÍA ENTRE LA INFIDELIDAD Y EL DAÑO JURÍDICAMENTE REPARABLE

La infidelidad, por si aun no ha quedado claro, no trae aparejada ninguna sanción civil: no puede ser causal de adulterio o injurias graves y no constituye un hecho antijurídico. Sin embargo, caben algunas aclaraciones

28. DUPRAT, C., ob. cit., p. 349 y ss.

29. Ibid.

30. Ibid.

31. HERRERA, M., "El lugar de la Justicia...", ob. cit., p. 295.

para evitar hacer entrar por la ventana lo que se cerró por la puerta a través de la acción de daños y perjuicios derivados de la ruptura del vínculo matrimonial, dar lugar a estos daños, importaría llevar a la justicia los motivos que provocaron la ruptura,<sup>32</sup> con toda su punzante fuerza dañosa, tal como lo hacía el divorcio sanción.

El rechazo de los daños derivados del divorcio no se agota en lo antedicho, ya en 1988 Cifuentes afirmaba que las expresiones del desamor no son indemnizables, "ni los incumplimientos que son expresión de la pérdida del vínculo afectivo, ni la frustración y pérdida propia del fracaso matrimonial, por lo que la sola violación del deber matrimonial no generaría reparación [...] suelen ser efectos de desencuentros afectivos, de la quiebra del proyecto común [...] muchas veces al conjuro de reacciones que ambos cónyuges realimentan".<sup>33</sup> En este sentido, "hay dolores que no son jurídicos, son extrajurídicos, y la solución debe encontrarse, entonces, en otras áreas del saber".<sup>34</sup>

¿Cómo interaccionan la infracción del deber moral de fidelidad, el sistema de divorcio incausado y la responsabilidad civil? Este interrogante ha sido materia de debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la comisión n°3, "daños en las relaciones de familia". En este marco, por mayoría, se concluyó:

"En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737)."

Como agregado:

"Excepcionalmente puede configurarse un abuso del derecho a la privacidad, o a la autonomía personal, cuando uno de los cónyuges entabla relaciones sexuales fuera del matrimonio con la exclusiva intención de dañar al otro. En tal supuesto la presencia de esa intención de dañar (y no simplemente de engañar) impide alegar la causa de justificación,

32. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., citada por FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A., "Responsabilidad por daños y perjuicio entre cónyuges", en *Revista de derecho de daños*, vol. 2, Buenos Aires, 2001, p. 167 y ss.

33. CIFUENTES, S., citado por FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A., ob. cit., p.179.

34. HERRERA, M., "El nuevo Código y las diversas...", ob. cit.

y torna resarcible el daño resultante de la infidelidad. Este dolo directo debe ser probado en todos los casos por el cónyuge que lo alega, y no puede resultar únicamente de la constatación de la existencia de relaciones extramatrimoniales.”

Asimismo, recientemente la Corte Suprema de Justicia de Mendoza se expidió sobre la indemnización por daño moral en una causa de divorcio contencioso. Al llegar la causa al Máximo Tribunal Provincial se encontraba ya en vigencia el CCyC, novedad que tornó abstracta la cuestión relativa a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges. Al respecto el Máximo Tribunal Provincial consideró:<sup>35</sup> “al no existir más causales subjetivas de divorcio, para que resulte procedente una indemnización por daños, quien los reclame debe acreditar fehacientemente los daños que invoca, conforme los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Si la condición humana, la dignidad e integridad de una persona, en cualquiera de sus aspectos, dentro o fuera de un matrimonio, ha sido dañada, eso es lo que debe indemnizarse en caso de encontrarse debidamente probado el daño [...] Obviamente que el *alterum non laedere* (art. 19 Constitución Nacional) no se diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio [...] advierto que una distinción notoria entre el régimen anterior y el actual es el relativo al régimen probatorio. Cuando los jueces aplicaban la doctrina del viejo plenario, era más sencillo tener por acreditado el daño con el simple hecho de la configuración de una causal subjetiva de divorcio [...] hoy resulta necesario detenerse en el análisis de la prueba del daño invocado”.<sup>36</sup>

En conclusión, afirmar que los principios de la responsabilidad civil no actúan mecánicamente, no significa rechazar el andamiaje del derecho de daños en la órbita matrimonial, sino colocarlo en su justo lugar, es decir, que su aplicación no avasalle las particularidades y especialidades del derecho de familia.

35. La acción por divorcio vincular contencioso por injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar –en la cual solicito una indemnización por daño moral– se inició el 14/12/2009.

36. CSJM, “A. J. A. en J° 1781/09 / 26437/13 P. M. A. del R. c/ A. J. A. p/ divorcio vincular contencioso división de sociedad conyugal p/ recurso ext. de inconstitucionalidad”, sentencia del 11 de marzo de 2006, disponible en: [<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pecial-scj-mendoza-divorcio-aplicaciona-art-7-ccyc-dano-moral/>]

En el tema que nos convoca, la lógica interna del articulado vigente da por tierra la idea de que la infidelidad per se acarrea consecuencias jurídicas. Si el desamor no es indemnizable, el deber de reparar no deriva mecánicamente de la infracción del derecho-deber moral de fidelidad, sino del hecho de ser persona y ver vulnerados sus derechos, que lo afectan y agravan de manera directa,<sup>37</sup> como pueden ser los daños al honor y/o a la integridad física o psíquica, debiéndose probar a tal fin los elementos que constituyen la responsabilidad civil. Por lo cual, se sale del campo de los daños derivados del divorcio para ingresar a otro campo de los daños derivados de los derechos fundamentales y derechos humanos.

#### IV. BREVES PALABRAS DE CIERRE

- a) La doctrina de los derechos humanos nos impone un nuevo orden simbólico en torno a la sexualidad que nos aparta de la mirada tradicional del derecho de familia.
- b) El contenido y alcance de la fidelidad matrimonial es definida por sus propios protagonistas sobre la base del amor y respeto mutuo.
- c) El CCyC viene a superar las tensiones constitucionales-conventionales en torno a los derechos-deberes personales del matrimonio y el divorcio.
- d) El quid de la cuestión entre la fidelidad y la responsabilidad está dada por la lectura sistémica de nuestro ordenamiento jurídico.
- e) La mera infidelidad no constituye un hecho ilícito jurídicamente reparable.
- f) Negar la aplicación automática de los principios de la responsabilidad civil en el matrimonio, no significa dar por tierra la aplicación del derecho de daños entre los integrantes de un matrimonio, sino que habrán de probarse los extremos de la responsabilidad civil.
- g) El deber de reparar encuentra su causa fuente en la conculcación de los derechos que se titularizan por ser persona, independientemente de que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño jurídicamente reparable. Es decir, los

37. HERRERA, M., "El lugar de la Justicia...", ob. cit, p. 300

daños se encaran desde otra perspectiva más humanista. Una interpretación contraria sería contra *legem*, el fin último de la legislación civil y comercial gira en torno a la importancia de atenuar o pacificar relaciones humanas –en este caso de familia– y no a estimularla.