



**RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES DE FAMILIA: DAÑO
MORAL POR DIVORCIO EN EL SUPUESTO DE INFIDELIDAD.**

TRABAJO FINAL DE GRADO

BLENGINO VANESA SOLEDAD

Indice

Introducción	2
Problema de investigación	4
Justificación de la temática elegida	4
Hipotesis	4
Argumentos	5
Primer argumento: Deberes de los cónyuges y el alcance de resarcir ante su incumplimiento	5
Segundo Argumento: La Antijuridicidad frente al deber moral de fidelidad.	9
Contra Argumento	12
Conclusión	16
Bibliografía	18

Introducción

Los cambios de vida durante las últimas décadas en la sociedad y en la familia argentina provocaron que el régimen jurídico matrimonial del anterior Código Civil haya quedado descartado, no obstante, las necesarias reformas que pretendieron acomodarlo a la realidad. El Derecho de Familia actual se enfrenta a nuevos enfoques, uno de ellos es por los cambios rotundos que ha tenido el matrimonio, donde se advierte la tendencia a garantizar la libertad de cada uno de los cónyuges eliminando las causales para acceder al divorcio, enfocándose en la presencia de nuevas alternativas para la solución de conflictos en materia familiar. Actualmente el régimen de responsabilidad civil resulta de aplicación a las nuevas relaciones de familia en todo aquello que no encuentre limitación en norma expresa en contrario.

En el ámbito familiar se crea el centro en donde se dan los momentos mas importantes en la vida de cualquier persona. Entre los distintos integrantes de la familia, los daños existieron desde la aparición misma de ésta, teniendo en cuenta el rol que la familia cumple en la actualidad y la complejidad en las diversas relaciones que se traban en aquellos que integran el grupo familiar, se puede afirmar entonces, que son causa fuente de muy variados daños que pueden ocasionarse entre ellos. (Medina Graciela,2013)

El vigente Código Civil y Comercial de la Nación trae como una de sus más importantes innovaciones en el Derecho de Familia, la supresión de las causales subjetivas del divorcio. Se señala en los fundamentos del Anteproyecto:

La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones 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. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé con un único sistema de divorcio remedio. (Medina, 2015)

En cuanto a las posturas doctrinarias, una parte considera al deber de fidelidad como un deber moral, tal como lo regula el vigente ordenamiento jurídico, por lo que su incumplimiento si genera daños dando lugar a la reparación; mientras que otra parte de la doctrina al referirse al daño moral en el divorcio sostiene que en el actual instituto no hay culpables, por lo tanto, el daño moral es imposible.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el alcance del incumplimiento de los deberes entre cónyuges, específicamente en el supuesto de infidelidad en el vigente ordenamiento jurídico, si tal incumpliendo es fuente de responsabilidad civil generando daño dando lugar a la acción de resarcir en el divorcio.

Problema de investigación

A partir de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en la figura del divorcio ¿Bajo qué condiciones existe responsabilidad por daño moral derivado del divorcio en un sistema en el cual no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados?

Justificación de la temática elegida

Puesto en vigencia el actual CCyC mediante la Ley 26.994, donde regula en su articulado los deberes de los cónyuges, estableciendo al deber de asistencia, alimentos, como único deber jurídico, dejando en categoría de deber moral a la convivencia, cooperación y fidelidad; como lo hace también con el instituto del divorcio el cual nuestro ordenamiento jurídico lo establece como incausado, eliminando las causales subjetivas, es decir que no acepta culpas para la disolución del vínculo matrimonial. De aquí que surge entonces preguntarse de cuál es el sentido de establecer deberes entre los cónyuges si su incumplimiento no será sancionado.

Hipotesis

Nuestro ordenamiento jurídico deja en el plano personal de los cónyuges un proyecto de vida en común que se basa en los deberes de cooperación, convivencia y fidelidad (art.431 CCyC), su incumpliendo es trascendente ante un sistema de divorcio incausado, pero esto no impide que de ello se afecte un derecho subjetivo del otro cónyuge, de tal naturaleza que tenga proyección moral produciendo una memorización en la subjetividad del otro, afectando su integridad

personal como así también su salud psicofísica al igual que su afecciones espirituales legítimas y toda aquellas que resulten de la interferencia en su proyecto de vida, provocando una forma de estar , de sentir, de actuar diferente.

Argumentos

Primer argumento: Deberes de los cónyuges y el alcance de resarcir ante su incumplimiento

La infidelidad si bien es un deber moral, de todas maneras, su incumplimiento, si genera daños, da lugar a la reparación. El daño no solo se produce cuando se viola un derecho subjetivo sino cuando se daña todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. (Medina, Daño en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado, Septiembre de 2015)

El actual Código Civil unificado elimina el carácter jurídico a los deberes de los cónyuges solo conservándolo al deber de asistencia, alimentos, estableciendo en la categoría de deber moral al de fidelidad, cooperación y convivencia; siguiendo a Medina es reparable el daño causado por el incumplimiento de cualquiera de estos deberes establecidos por el legislador ya sean de categoría moral o jurídica, siendo que su incumplimiento lesiona un derecho subjetivo de la persona que debe ser resarcido por quien causa el daño. La diferencia que el legislador hace en los deberes de los cónyuges en cuanto a moral- jurídicos, no quita que cualquiera de ellos que no se cumplan lesiona la subjetividad del otro provocando un daño pasible de resarcimiento.

Nuestro actual sistema establece el divorcio remedio o incausado, es decir que para la disolución del vínculo matrimonial no se requiere de causas que justifique tal ruptura, por la tanto se impide juzgar la culpa en la disolución matrimonial, el divorcio puede ser invocado por uno o ambos cónyuges sin la necesidad de establecer una causa mas que su propia voluntad, así como también es indispensable esa voluntad para la unión matrimonial, donde los cónyuges se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en el deber de cooperación,

convivencia y el deber moral de fidelidad(art431 C.C.C). Según el legislador este compromiso queda en el plano personal de los cónyuges donde el ordenamiento jurídico ya no interviene, por eso les da categoría moral a estos deberes, aunque la falta de cumplimiento de estos no quita que cause un daño al otro consorte en su subjetividad, provocado una manera de sentir diferente, psíquicamente, espiritualmente al sentir que ese compromiso queda quebrantado ante la falta de cumplimiento de cualquiera de esos deberes. Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini citan la opinión doctrinaria de Borda, en la cual me apoyo para mi argumento, según la cual el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio y que tiene fundamento moral. Afirma: la unión de cuerpos y almas quedaría profundamente resquebrantada si se permiten las relaciones extraconyugales. Es, pues el primero entre los deberes conyugales y tiene carácter recíproco. (Alterini, 2016)

Quien haya sido víctima de un daño en su persona, por el hecho de su pareja o cónyuge, puede reclamar una indemnización en el sentido estricto del término, siempre que el planteo encuadre dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil. (Mendez, 2018)

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como presupuestos de la responsabilidad civil al daño, la antijuridicidad, el factor de atribución y la relación de causalidad, considerando que éstos son las condiciones de existencia necesarias y suficientes para configurar el nacimiento de la obligación de reparar. Haciendo referencia al daño, una parte de la doctrina considera que el daño no se identifica con la lesión al interés; sino que, partiendo necesariamente de dicha lesión, el “daño resarcible”, está constituido por la totalidad de las consecuencias o reparaciones perjudiciales o disvaliosas de la lesión (Orgaz, Zavala de González, Pizarro/Vallespinos). (Ossola, 2016) En nuestro Código Civil y Comercial se ha plasmado un concepto doble de daño: el daño en sentido general y el daño resarcible, como consecuencia de la lesión. Esto no es

contrario ni existe superposición alguna sino todo lo contrario, en cada caso tiene un rol específico. (Ossola, 2016) En cuanto al daño en sentido amplio (daño-lesión):” hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” art 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Entiendo que el concepto hace referencia al daño y no al daño resarcible; entonces no se trata de la lesión a un derecho subjetivo exclusivamente, sino del menoscabo de cualquier interés jurídico en tanto y en cuanto no se encuentre expresamente reprobado por el ordenamiento; lo que cierra el debate respecto a la tutela de los intereses de hecho, es decir los no reconocidos, pero tampoco repudiados, que con este concepto quedan equiparados, a los efectos del daño jurídico, sin perjuicio de sus diferencias sustanciales. (Ossola, 2016)

Con respecto al daño resarcible (daño-consecuencia) el CCyC no lo ha definido expresamente en su articulado, pero la concepción originariamente postulada por Orgaz ha quedado plasmada en el CCyC: el daño resarcible, esto es lo que se indemniza, no es la lesión, sino las concretas consecuencias perjudiciales de dicha lesión. La propia Comisión señala la distinción entre el “daño-lesión y la indemnización”, pero de muchas normas surge dicha concepción. (Ossola, 2016) En el art 1738 del CCyC se dispone la indemnización, en el segundo párrafo queda expresamente incluida en carácter especial las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de su interferencia en su proyecto de vida (Art. 1738). A su vez el art 1741 del CCyC regula específicamente la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, atribuyendo la facultad de accionar al damnificado directo. Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico distingue dos categorías de daño resarcible, el daño patrimonial y el daño

extrapatrimonial o moral, entendido este último como aquella modificación disvaliosa del espíritu de una persona, como consecuencia de la lesión a un interés extrapatrimonial que se traduce en un modo de estar de la persona diferente producto de la conducta dañosa o lesiva y anímicamente perjudicial.

El cónyuge que con su conducta obra u omite su deber de fidelidad causa un daño al otro cónyuge provocando en éste, como consecuencia, un daño en su espíritu, en su persona, afectando de un modo lesivo su salud psicofísica, quedando quebrado ese proyecto de vida en común en el cual se comprometieron a desarrollar, es decir que el cónyuge damnificado tiene la facultad de accionar reclamando una indemnización por el obrar malicioso que su consorte le causa en su persona, provocando un daño cierto, personal, actual y subsistente, pasible de resarcir.

“Si bien el divorcio no es causal de resarcimiento, los hechos o circunstancias que lo motivaron, cuando revisten cierta gravedad, cuando han tenido entidad suficiente como para afectar la esfera espiritual del otro cónyuge, entrañan un daño extrapatrimonial susceptible de ser compensado; se lo haga a título de daño psíquico, o de daño moral. Así, probado el trato desmedido, las faltas de respeto a la dignidad personal, las descalificaciones y el obrar malicioso del cónyuge accionado, ello da cuenta que con su comportamiento ha violentado el principio básico de no dañar a otro, ha faltado al deber de respeto mutuo, lo que ha provocado consecuencias disvaliosas en el accionante, y torna procedente la indemnización de daño moral.”¹

¹ Fallo extraído de boletínjudicial.justiciadecordoba.gob.ar/? p=1164.Jurisprudencia actualizada FAMILIA. Bdj-n°8/julio2017.

Segundo Argumento: La Antijuridicidad frente al deber moral de fidelidad.

Tradicionalmente la antijuridicidad o ilicitud de la conducta fue considerada un presupuesto ineludible de la responsabilidad civil. Sin embargo, en estas últimas décadas el concepto entro en una profunda crisis, llegándose a afirmar que la sola causación de un daño injustamente sufrido habilitaba a la víctima a solicitar su reparación. En el vigente Código Civil y Comercial se ha mantenido a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, aunque reformulándose su contenido, siguiéndose a la doctrina mayoritaria sobre la cuestión. (Ossola, 2016) De tal manera que el vigente ordenamiento jurídico recepta la antijuridicidad con una concepción material, como dice Pizarro:... la conducta materialmente jurídica es tal, por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria a derecho, aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el sistema normativo. (Ossola, 2016)

El art 1717 del C.C y C dispone que:” cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica sino está justificada” (art 1717C.C y C de la Nación). Por ende, si se causa un daño no justificado, esta conducta es antijurídica en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas, y no solo para la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que, sin perjuicio de que eventualmente se vulnere mediante la conducta otra norma jurídica, basta con que sea dañosa y que no esté justificada, para que pueda calificarse como ilícita. Y ello es lo que le interesa a la responsabilidad civil, ya que sin daño no la hay. (Ossola, 2016)

En la actualidad el Derecho de Familia sufrió innovados cambios de la mano del vigente Código Civil y Comercial de la Nación, uno de los más importante fue el instituto del divorcio el cual trae aparejados cambios en los deberes matrimoniales o conyugales y sus consecuencias ante su incumplimiento. El art 431 del C. C y C es el encargado de regular estos deberes, el cual hace

una distinción entre deberes estrictamente jurídicos, es decir aquellos cuyo incumplimiento genera consecuencias jurídicas para los cónyuges, de aquellos deberes de carácter ético o moral los cuales quedarían reservados al ámbito privado o personal de los contrayentes. Es decir que el legislador hace una clara diferencia en la conducta de los esposos durante el matrimonio dotando el carácter jurídico para algunas y moral para otras; siguiendo al art 431 podría afirmarse que el incumplimiento del deber moral de fidelidad, no generaría consecuencias jurídicas, sería una conducta u omisión de los esposos que quedaría sin sanción, sino que en la privacidad del matrimonio, reconociéndole un valor axiológico dando así justificación a su ausencia de regulación jurídica de la mano de un régimen incausado de divorcio, regulado por el ardimiento jurídico actual el cual se encargó de eliminar las culpas.

Ahora bien, la cuestión es si su carácter moral excluye su juridicidad, cabe preguntarse cuál fue la finalidad del legislador, cuando sin suprimir el deber de fidelidad le atribuye carácter moral; teniendo en cuenta que el deber de fidelidad es un efecto esencial del matrimonio y consecuencia lógica de su regulación monogámica. (Analucia, 2018)

En lo que refiere al incumplimiento del deber moral de fidelidad y sobre su carácter resarcitorio del daño generado existen en nuestra doctrina diversos argumentos, uno de los cuales es que debe haber lugar a la acción de daño y perjuicios extrapatrimoniales, argumentando que al ser la fidelidad un componente esencial del proyecto de vida en común, sus transgresión constituiría una grave interferencia en el proyecto de vida matrimonial; encontrando así en el deber de fidelidad un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, dando lugar a la indemnización independientemente del régimen incausado de divorcio. Podría afirmarse que el carácter moral que se le dio al deber de fidelidad no excluye su juridicidad siempre que la conducta o la omisión de los esposos frente a la fidelidad le cause un daño al otro, teniendo en

cuenta las causas de justificación establecidas por el sistema jurídico, que a mi criterio no hay conducta que encuadre o que justifique la falta o incumplimiento a este deber por más valor axiológico que se le haya atribuido; ante su incumpliendo existe una conducta dañosa que recae en los interés no reprobados por el ordenamiento jurídico. Siempre que se verifique un hecho antijurídico, de la mano de los otros presupuestos que exige el derecho de daños para atribuir responsabilidad civil, existirá entre los esposos la obligación de reparar el daño por más incausado que sea el divorcio.

Claro está que la intención del sistema jurídico actual es otorgarle a los contrayentes una mayor autonomía de la voluntad que alcanza a cuestiones que parecían inaccesibles en el acuerdo de partes regulado por el ordenamiento jurídico anterior , es decir el Código Civil de Vélez Sarsfield, es tal que en la actualidad el C.C y C priva a las conductas asumidas por los contrayentes de las cualidades de deberes jurídicos y delega las decisiones sobrevinientes a la individual determinación o personal designo de los propios interesados; de lo cual Osvaldo Álvarez afirma que no corresponde murmurar, barruntar o razonar en orden una inexistente antijuridicidad, ni en lo que incumbe a la desprestigiada y desechada figura del divorcio sanción. A partir de la inexigibilidad jurídica del deber de fidelidad se impide al cónyuge afectado a ampararse de aquella transgresión o agravio que le es sobreviniente. De esta forma, el Estado- que se proclama pluralista en una concepción moderna del matrimonio- no reconoce, por igual, a todos los proyectos de vida, toda vez que aquel que quisiere resguardarse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien se antoje de incurrir en aquella peculiar licencia no reconocerá reproches civiles, ni expiara secuelas económicas. (Alvarez) Siguiendo a Graciela Mediana, quien entiende que ante los deberes conyugales estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral que carecen de coercibilidad jurídica; en lo que refiere al deber de

fidelidad ese carácter ético o moral que le asigna el ordenamiento jurídico no le priva de juridicidad. Se entiende así que el contenido moral del deber de fidelidad no le priva en nada su carácter jurídico, por el contrario, el carácter jurídico de cualquiera de los deberes matrimoniales, regulados por art 431 del C.C y C, debería hoy por hoy estar fuera de discusión si lo que se pretende es mantener al matrimonio con su naturaleza de institución jurídica. (Medina, Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad.)

Contra Argumento

El autor Alberto José Gowland, al referirse al daño moral en el divorcio, sostiene que en el instituto del divorcio actual no hay culpables, por lo tanto, la asimilación al daño moral es imposible. No se podría atribuir responsabilidad por desamor como así tampoco se podría categorizar al daño por culpa si el vínculo matrimonial se disuelve por infidelidad a raíz de la falta de afecto, no es indemnizable el dejar de querer al otro, como tampoco sería pasible una compensación económica como la que establece el artículo 441 CCyC.

La regulación del divorcio sin expresión de causa como única vía de solución ante el quiebre conyugal conlleva modificar la calificación de los deberes matrimoniales, relegando el deber de fidelidad al ámbito moral. De este modo la infidelidad no rige como una conducta antijurídica, porque lisa y llanamente no constituye un deber jurídico sino moral. Este déficit en la antijuridicidad de la conducta imputada genera, automáticamente, la improcedencia de reclamo resarcitorio. (Kemelmajer de Carlucci)

Podría afirmarse que el arbitraje al debatido tema de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad deja importantes vacíos. Ciertamente el concepto de antijuridicidad ha evolucionado y los textos originarios del Código de Vélez debían ser modificados, desde que no respondían a los criterios prevalecientes. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación podía

elegir entre dos posiciones: una se inclinaba por la eliminación del requisito de antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad. Las razones de la posición que excluye este presupuesto son muy variadas, pero, en esencia, se mueven en torno al notorio desplazamiento de la noción de sanción hacia la de daño y en la necesidad de ampliar el campo de los daños reparables, cada vez más importantes, en la llamada sociedad de riesgos. Los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción de antijuridicidad que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla. La corriente mayoritaria, en cambio, entiende que el presupuesto debe mantenerse, pero reformando el concepto: La antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva). Por eso, es antijurídico todo hecho que daña, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material), excepto que exista una causa de justificación. A esta posición responde el art 1717 del vigente C.C.C, el cual mantiene a la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil; la norma comprende conductas positivas o negativas, es decir, acciones u omisiones, y los actos voluntarios e involuntarios. Se consagra una antijuridicidad amplia o genérica, no específica, que comprende toda conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado. Esta posición se apoya entre otros en los siguientes argumentos: La exigencia de la antijuridicidad se adecua a la interpretación sistemática y dinámica del art 19 de Constitución Nacional el cual dispone en su última frase: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manada la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. O sea, la Constitución admite un amplio espacio a la libertad, que no puede ser coartado indicando, como regla, la indemnizabilidad de cualquier daño. Dado que el art 1717 comprende las acciones y las

omisiones, eliminar la antijuridicidad material implicaría el aniquilamiento de la libertad personal del agente. Por lo tanto, la discusión podría circular por el método de la interpretación (si se exige mayor tipicidad o no, mayor o menor flexibilidad) pero no respecto de la necesidad del requisito. (Kemelmajer de Carlucci)

En palabras de la doctora Kemelmajer: “No corresponde tildar de antijurídica toda la conducta violatoria de deberes morales o del deber moral de no dañar. El derecho tiene la necesidad de dar respuesta a preocupaciones diferentes a la moral. La acción es antijurídica cuando infiere los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico.”

Por otro lado, el Dr. Mizrahi Muricio, en uno de sus trabajos, expone que , en un régimen de divorcio incausado, como el impuesto por la ley actual, no hay posibilidad alguna de sancionar el incumplimiento de los compromisos de orden espiritual o afectivo que nos marca el art 431 del nuevo C.C.C; argumentado que si tomamos coercibles los mentados deberes, el divorcio sin expresión de causa quedaría convertido en letra muera; y ello porque en la realidad, al aplicarse sanciones por el incumplimiento de aquellos se juzgarían conductas con lo cual estaríamos causando y no incausando la ruptura del vínculo, por más que la pena la apliquemos después de dictada la sentencia de divorcio. No sería pasible que el cónyuge que se dice dañado por infidelidad reclama en un juicio los perjuicios que entienda haber sufrido; ello es así porque no reuniría todos los presupuestos de responsabilidad civil. Sin duda el cónyuge que pretenda reclamar indemnización por las causas indicadas, debería probar el daño sufrido, que es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, el cual no sería difícil de verificar, tan pronto se colecte en expediente las probanzas del inmenso dolor y afecciones que ha padecido. Tampoco sería complicado para ese cónyuge demostrar la relación de causalidad, ya que ese dolor y afección que padeció el reclamante tiene su causalidad adecuada en el acto infiel (art 1726

C.C.C). Sin embargo, lo que no podría acreditar el cónyuge que pretenda reclamar daños es el presupuesto de la antijuridicidad del acto, teniendo en cuenta lo regulado por el art 1717 y 1718 inc. a) del C.C.C. De la primera norma se desprende que lo que determina la antijuridicidad es la acción u omisión injustificada; y por el inc. a), del mencionado art 1718, se entiende que justificado el acto que se lleva a cabo “en ejercicio regular de un derecho” (Mizrahi)

Es de importancia aclarar que, los presupuestos de la responsabilidad civil son autónomos, vale decir, que la procedencia de un presupuesto no implica la procedencia de otro; de modo que todos los presupuestos tienen que reunirse para dar vía libre a una acción de daños y perjuicios. Podría afirmarse entonces que no será suficiente para entablar una demanda de esta naturaleza que existe un “deber de no dañar a otro” (art 1716), como tampoco alcanza que se logre probar un daño propiamente dicho, esto es, en los términos del art 1737, norma que exige que el derecho o interés lesionado no se halle “reprobado por el ordenamiento jurídico”. La acción que provoca el daño, la infidelidad del cónyuge, es un acto justificado; pero ello no impide que se configure igual un daño (el grave dolor sufrido por el otro esposo), que merece ser calificado como tal- un daño- porque la afección que sufre el cónyuge por la infidelidad no está reprobada por el ordenamiento jurídico (art 1737). No obstante, no habrá responsabilidad civil porque, por más que la lesión que sufre el consorte no está descalificada por el régimen jurídico, faltará de todos modos el presupuesto autónomo de la antijuridicidad. Lo de reprobado por el ordenamiento jurídico, requisito para la configuración del daño mismo, nada tiene que ver con la justificación o no de la acción que la causa. (Mizrahi)

La infidelidad no es un acto injustificado por lo tanto no hay antijuridicidad, porque no es un deber jurídico. La persona que dentro del matrimonio decide ser infiel está en el ejercicio regular de un derecho (art 1718 inc. a). (Mizrahi)

Mientras que hay infinidad de deberes morales que jamás podrán tener proyección en el campo jurídico y permanecen como tales con ese doble carácter moral y jurídico, en tanto que finalmente hay deberes morales que convertidos en deberes jurídicos dejan de serlo por decisión del propio legislador. Siguiendo el art 431 del C.C.C podría afirmarse que esto último es lo que sucedió con el deber de fidelidad de los cónyuges, es decir que siempre se lo trató de un deber moral que el anterior Código de Vélez había reconocido y le había asignado determinadas consecuencias jurídicas a su violación, dotándolo de coercibilidad y constituyéndose en un verdadero deber jurídico, importando su incumplimiento un obrar ilícito. En tanto que el C.C.C ha optado por privarle del carácter jurídico a dicho deber moral y por lo tanto su incumplimiento podrá acarrear consecuencias en el plano de la ética normativa, pero no del Derecho y ya no podrá calificarse como antijurídica la inobservancia de dicho deber moral del matrimonio; siendo esa la razón por la cual se...”rechaza la imposición de la fidelidad como un deber de contenido jurídico que puede ser exigible coactivamente y cuyo incumplimiento sea sancionado por el Derecho”. (Marcellino)

Concluyo el presente contra argumento con los dichos de los Fundamentos del Anteproyecto, el cual es considerado antecedente directo del CCyC, donde expresamente dicen:

Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino que en la condición de persona. Se separa, así, el vínculo matrimonial del derecho de daños (Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012)

Conclusión

De acuerdo a lo expuesto en el presente trabajo, concluyo en que el deber de fidelidad dentro del matrimonio es un deber que se tiene solamente frente al otro cónyuge, teniendo en cuenta que

la unión del vínculo matrimonial se da por el consentimiento mutuo entre dos personas que se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en diferentes deberes que el ordenamiento jurídico los divide en morales y jurídicos, dejando en el plano personal de los cónyuges a los deberes morales, eso no quita que ante su incumplimiento no causen un daño al otro cónyuge; entiendo que quien no quiera cumplir con los deberes matrimoniales tiene la libertad de desvincularse del contrato matrimonial sin ser sancionado por el ordenamiento jurídico, donde no es necesario violar los deberes matrimoniales.

Considero que el daño proveniente entre cónyuges no es indemnizable por solo hecho del divorcio, sino que será pasible de resarcimiento siempre que se de esa disolución vincular por causa del incumplimiento de algunos de los deberes conyugales, que estén bajo las disposiciones generales de la responsabilidad civil establecidas en el ordenamiento jurídico, es aquí donde no comparto lo expuesto en los Fundamentos del Ante proyecto, que considera que el ordenamiento jurídico vigente separa el vínculo matrimonial del derecho de daños, dando lugar así a la indemnización de los daños que tienen causa en la condición de persona y no el vínculo matrimonial ni de los deberes que de él emanan.

Toda persona en carácter de cónyuge que demande daño moral por el incumplimiento al deber de fidelidad, será pasible de resarcimiento mediante indemnización siempre que acredite un menoscabo, un detrimento en su derecho a la dignidad, en su integridad psicofísica y moral, en la armonía familiar, al quebrantarse el compromiso del proyecto de vida en común al cual se comprometieron los cónyuges a desarrollar basado en la cooperación, convivencia y fidelidad (art 431 CCyC). Aunque el ordenamiento jurídico vigente considere que son deberes que deben quedar en el plano personal de los cónyuges, no resultando clara la relación entre sufrimiento generado por la ruptura matrimonial y la falta de juridicidad del deber de fidelidad, su

incumpliendo genera daño en derechos que son tutelados por el sistema jurídico, por lo tanto, son merecedores de amparo legal y merecen ser resarcidos; el daño que sufre la persona a estos derechos lo hace en carácter de cónyuge, es decir que derivan del vínculo matrimonial, por lo tanto, no se lo puede separar del derecho de daños.

Considero que el deber conyugal de fidelidad en un sistema de divorcio incausado regulado por el vigente Código Civil y Comercial, además de carácter moral debería ser considerado como jurídico.

Bibliografía

Alvarez, Osvaldo. Código Civil y Comercial y daño moral con motivo del divorcio vincular.

Publicado en: La Ley 12/06/2015. Cita Online: AR/DOC/854/2017.

Analucia, T. F. (2018). (T. F. Analucia, Ed.) Obtenido de <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1706>

Código Civil y Comercial comentado, TIII. Ed. La Ley. Año 2016-p.2003.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley N°26.994

Constitución Nacional Argentina.

Kemelmajer de Carlucci, Aida Herrera. Marisa Culaciati. Martín, Miguel. La culpa que el

proceso del divorcio expulso por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños, Publicado en: La Ley 24/04/2017. Cita Online: AR/DOC/1033/2017.

Marcellino, Leonardo. ¿Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges en el C.C.C? Comisión n°3 Daños: Daños en las relaciones de familia"

Medina, Graciela. Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad. Publicado en : La Ley 03/04/2017. Cita Online: AR/DOC/854/2017.

Medina, G. (2015). Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial. *Publicado en: RCyS2015-IV,287. Cita Online: AR/DOC/2552/2015.*

Medina, G. (Septiembre de 2015). Daño en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*(Numero 5).

Mendez, R. A. (2018). Compensación Económica en el marco del divorcio. *Publicado en: RDF 84,139. Cita Online: AP/DOC/213/2018.*

Mizrahi, Mauricio Luis. Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones. Publicado en: La Ley 17/04/2017. Cita Online: AR/DOC/618/2017.

Ossola, F. A. (2016). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.

Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Infojus. Buenos Aires, 2012, p.576.

