



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**La procedencia de la reparación del daño moral por incumplimiento
del deber moral de fidelidad**

ALUMNA: Miralles, Rocío María Lujan

CARRERA: Abogacía

Año 2020

Dedicatoria

A mi familia que me acompañó y apoyo incondicionalmente en este camino, a mi pareja, otro pilar para mi vida y mi hija, en quien se verán los frutos de este esfuerzo.

Resumen

Este trabajo de investigación indaga en la problemática de si es procedente la reparación del daño moral proveniente del incumplimiento del instituto del deber de fidelidad, a través del análisis de dicho instituto tanto en el Código Civil derogado como, en el actual Código Civil y Comercial (CCCN), en razón de las modificaciones introducidas por el nuevo CCCN en lo referente a la consideración del deber de fidelidad como un deber “moral”. Se hace hincapié en los conceptos de responsabilidad civil y en el de la reparación del daño moral. Además se analizan a las obligaciones naturales y en el deber moral de fidelidad que se encuentra regulado en el artículo 431 del Código Civil y Comercial; así como también se examinan las diversas posturas doctrinarias y que emanan de la jurisprudencia pertinente con la problemática que se aborda. Así mismo, con este estudio se pretende demostrar de qué manera se vulneran derechos y se coartan proyectos de vida en torno a la unión familiar sostenida en el deber moral de fidelidad de ambos cónyuges.

Palabras claves: daño moral, incumplimiento del deber moral de fidelidad, responsabilidad civil, obligaciones naturales, artículo 431 del Código Civil y Comercial

Abstract

This research work investigates the problem of whether it is appropriate to repair the moral damage resulting from the breach of the fidelity duty institute, through the analysis of said institute both in the repealed Civil Code and, in the current Civil and Commercial Code (CCCN), due to the modifications introduced by the new CCCN in relation to the consideration of the duty of fidelity as a "moral" duty. Emphasis is placed on the concepts of civil liability and on the reparation of moral damages. In addition, natural obligations are analyzed and the moral duty of fidelity is regulated in article 431 of the Civil and Commercial Code; as well as the diverse doctrinal positions that emanate from the pertinent jurisprudence with the problematic that is approached. Likewise, this study aims to demonstrate how rights are violated and life projects are curtailed around the family union sustained in the moral duty of fidelity of both spouses.

Keywords: moral damage, breach of moral duty of fidelity, civil liability, natural obligations, article 431 of the Civil and Commercial Code

Índice general

Introducción.....	7
Capítulo 1 Aproximación conceptual al daño moral y al Deber Moral de Fidelidad.....	10
1.1 Introducción.....	10
1.2 Análisis del concepto de daño moral.....	10
1.2.1 La responsabilidad civil y la reparación al daño moral.....	12
1.3 Las obligaciones naturales y el deber moral en el Código Civil derogado, concepto y características generales.....	13
1.4 El deber moral de fidelidad y el daño moral.....	14
1.5 Conclusiones parciales.....	16
Capítulo 2 El deber moral de fidelidad en la normativa internacional y en el actual Código Civil y Comercial de la Nación.....	18
2.1 Introducción.....	18
2.2 Análisis de normativa internacional acerca del deber de convivencia y fidelidad...	18
2.3 El deber moral de fidelidad en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y su posible resarcimiento.....	20
2.3.1 Modificaciones sustanciales respecto al Código Civil de Vélez Sarsfield.....	21
2.3.1.2 Análisis del divorcio incausado de común acuerdo o de manera unilateral.....	23
2.4 Análisis de las consecuencias de la infracción de deberes conyugales.....	24
2.5 Posturas a favor de la procedencia del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad.....	25
2.6 Posturas en contra de la procedencia del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad.....	26
2.7 Conclusiones parciales.....	28
Capítulo 3 Deber moral de fidelidad en el derecho comparado y análisis jurisprudenciales.....	30
3.1 Introducción.....	30
3.2 El deber moral de fidelidad en el derecho comparado.....	30
3.3. Análisis de algunos fallos judiciales.....	33
3.3.1 Caso “T c/ C s/ divorcio vincular”.....	33

3.4 Análisis jurisprudencial respecto a la posible procedencia del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad.....	35
3.5 Conclusiones parciales	39
Conclusiones finales	41
Bibliografía.....	44
I-Doctrina.....	44
II-Legislación.....	47
III-Jurisprudencia.....	48

Introducción

Este trabajo final de investigación trata acerca del deber de fidelidad, el cual constituye un instituto jurídico relevante, ya que su incumplimiento afecta, no solo a la dignidad y moral de la persona, sino también a un proyecto de vida, en razón de una unión matrimonial, en la que ambos cónyuges persiguen expectativas y la realización como familia. En este sentido, en el Código Civil anterior, la violación al deber de fidelidad hacía nacer el derecho de reclamar el divorcio por una causal culpable. Al derogarse con el nuevo CCCN dicho régimen de divorcio culpable, tales derechos resultaron vacíos de contenidos jurídicos, quedando el interés limitado en el ámbito moral. Cuyo cambio fundamental fue la consideración del deber de fidelidad como un deber “moral” (art. 431).

De esa manera, la cuestión de la procedencia de la reparación del daño moral por incumplimiento del deber moral de fidelidad puede llegar a resultar una forma de resarcir un perjuicio a un proyecto de vida en común entre los cónyuges y todo lo que ello implica para la persona damnificada. Además, se ponderan diversas posturas doctrinarias acerca de la procedencia de la reparación al daño moral que se infringe ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad.

En ese sentido, algunas posiciones sostienen que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil, aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Mientras que otras afirman que el deber moral de fidelidad hace al ámbito privado de las personas y que por tanto la fidelidad escapa a la esfera jurídica y no puede exigirse coactivamente, ni sancionarse su incumplimiento.

Asimismo, se indaga en la jurisprudencia pertinente con la temática que se desarrolla y que sienta un precedente. En este aspecto se toma a la causa caratulada como “T c/ C s/ divorcio vincular” que genera un fallo inédito, en el que se decreta el divorcio aplicando el actual CCCN, en razón de la condena a una ex esposa a indemnizarlo a su ex marido por haberle sido infiel.

Entonces, resulta relevante profundizar acerca de la reparación del daño moral en el marco del deber moral de fidelidad, en lo que hace el Derecho de daños, ya que ante la infidelidad de uno los cónyuges se cercenan y se coartan derechos importantes, como la posibilidad de un proyecto de vida. Y en virtud de ello el problema de la

investigación se plantea a través del interrogante de si ¿Es procedente la reparación del daño moral proveniente del incumplimiento del deber moral de fidelidad?

En tanto, en consonancia con dicho problema, el objetivo general de la investigación es el de determinar si es procedente la reparación del daño moral por el incumplimiento del deber moral de fidelidad, para lo cual entre los objetivos específicos se analizan los concepto de daño moral y se comparan las concepciones del deber moral de fidelidad en el Código Civil derogado y en el actual, así como también reconocer las modificaciones sustanciales en el instituto en cuestión a partir de la actual codificación civil. Además de indagar en el derecho comparado y de examinar la jurisprudencia pertinente, junto con las posturas acerca de la procedencia e improcedencia del daño moral en el deber moral de fidelidad.

Por tanto, se parte de la hipótesis que afirma que debería proceder el reclamo civil por el daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad y que se dé lugar a un indemnización, ya que la improcedencia de la responsabilidad civil por daño moral en el deber moral de fidelidad provocaría que los cónyuges, a pesar de poder solicitar el divorcio, aún no cuenten con un nivel máximo de juridicidad.

En tanto la metodología para llevar a cabo la investigación se basa en un enfoque jurídico-dogmático, en su nivel hermenéutico, en razón del análisis e interpretación del instituto del deber moral de fidelidad y su posible procedencia del daño moral ante su incumplimiento, su marco legal, como así también los argumentos emanados de los fallos pertinentes con el objeto de estudio. En este sentido, se realiza la recolección de datos y posterior interpretación de ellos, a través de la técnica del análisis documental, con el fin de brindar respuesta a las preguntas de investigación, buscando reconstruir la realidad en torno a la temática propuesta.

Por último, el trabajo se organiza en tres capítulos, el primero analiza el concepto de daño moral en el marco del derecho de daños, la responsabilidad civil y el deber moral de fidelidad en el Código Civil derogado; en este aspecto se compara dicho deber con la idea de obligaciones naturales en el referido Código. En el segundo apartado se aborda al deber moral de fidelidad desde la normativa internacional hasta el actual Código Civil, junto con las modificaciones sustanciales respecto a lo establecido en el Código anterior; así como también se reseñan las diferentes posturas doctrinarias sobre el deber moral de fidelidad a partir de la vigencia del actual Código Civil.

En el tercero y último capítulo se indaga sobre el deber moral de fidelidad en el derecho comparado y se analizan posturas jurisprudenciales respecto de la procedencia

del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de infidelidad, a través de fallos que van sentando un precedente respecto al objeto de estudio.

Capítulo 1

Aproximación conceptual al daño moral y al Deber Moral de Fidelidad

1.1 Introducción

En este primer apartado de la investigación se indaga en la definición del instituto jurídico del deber moral, como sinónimo del concepto de obligaciones naturales artículo 515 del Código Civil velezano y en especial del deber moral de fidelidad en el Código Civil y Comercial, en razón de analizar su posible procedencia ante el incumplimiento del mencionado instituto. Además, se aborda conceptualmente al daño moral, sus características y maneras de resarcimiento.

1.2 Análisis del concepto de daño moral

Se entiende que el daño moral produce una lesión emocional y no a los intereses patrimoniales, por lo cual se puede afirmar que está en compromiso con valores que hacen al carácter afectivo del daño. En este sentido, en el CCCN no precisa conceptualmente al daño moral, sino que se establece que existe daño cuando se lesiona un interés contemplado en el ordenamiento legal que recae en “(...) la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”¹.

El daño moral en su definición implica una afección espiritual a la persona. En tal sentido se puede afirmar que las personas jurídicas de existencia ideal no poseen sentimientos y por ende no les cabe un resarcimiento por daños.

Entonces, en consonancia con lo anterior, en el Código de Vélez y posterior a su reforma mediante la Ley 17.71 se pueden encontrar posturas enfrentadas en torno al daño moral de las personas jurídicas de existencia ideal. De esa manera, “la dimensión del problema revestía cierta complejidad interpretativa, toda vez que estaban involucrados tanto el difuso concepto de daño moral como el concepto de persona jurídica, también caracterizado por la abundancia de elucubraciones, análogos y límites imprecisos” (Botteri & Coste, 2017). Por tanto, en el marco del derogado Código Civil y luego de la mencionada reforma de su digesto, la postura doctrinaria mayoritaria era la

¹ Artículo 1.737 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

que sostenía que las personas jurídicas de existencia ideal no podían ser objeto de lesiones morales o de carácter extrapatrimonial.

No obstante aquello, existen posturas que aseguran que el daño (en general) está relacionado con el bien jurídico que afecta, tanto aquellos bienes de valor material y económico, como los extrapatrimoniales, es decir los que poseen un cariz espiritual, como por ejemplo el menoscabo al honor y a la intimidad de las personas. Entonces, para este enfoque

...el daño es el menoscabo a un bien jurídico, entendiendo por tal a las cosas y a los bienes o derechos que no son cosas. Dentro de ellos cabe incluir también a los derechos personalísimos, como el honor o la intimidad, a los atributos de la persona, etc. (...). Aquí, el daño se identifica con la lesión que recae de manera inmediata sobre un determinado bien jurídico (Leiva, 2016 en Fiorenza 2018)

Y siguiendo con esta línea de pensamiento, Edgardo López Herrera (2015) Fiorenza (2018) sostiene que:

...La ley define al daño de una manera amplia. No solo es daño la lesión a un derecho subjetivo sino directamente a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. La lesión debe ser entonces a un interés tutelado por la ley, aunque salvo prueba en contrario de esa falta de reprobación, todos los intereses simples se presumen protegidos por la ley (p. 1063)

Es decir, que el mencionado autor contempla al daño también tanto desde un enfoque subjetivo, como desde lo tutelado en el ordenamiento legal y que no se haya reprobado. Ahora bien, en la actual codificación civil se mantiene la clasificación respecto al resarcimiento del daño en patrimonial y extrapatrimonial. En este sentido y en lo que refiere al daño moral, éste se considera como un tipo de daño extrapatrimonial, lo que implica que, en palabras de Sáenz (2015) en Fiorenza (2018) que

...la afectación del bien, que causa la lesión de los intereses que un sujeto de derecho tiene sobre él —que es lo resarcible—, presupone la lesión a cosas, derechos, bienes inmateriales, con valor económico, pero también puede tratarse del proyecto existencial, la intimidad, el honor, etcétera, que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimonial (p.131).

Y en acuerdo con esas ideas, se puede afirmar que el CCyC mantiene la dualidad entre resarcimiento por daño patrimonial y extrapatrimonial. Y al respecto de este último, se lo caracteriza como daño moral; entonces en razón del artículo 1.738 del CCyC, en lo referente a consecuencias no patrimoniales, se refuerza dicha clasificación,

ya que el daño moral genera las mismas consecuencias que el daño causado de carácter patrimonial.

1.2.1 La responsabilidad civil y la reparación al daño moral

En primer término, cabe afirmar que la responsabilidad, en un sentido general, implica un deber de una persona de reparar un daño causado hacia otra. En este aspecto, la finalidad esencial de la responsabilidad civil es reparación del daño en aras de restituir el equilibrio entre las partes implicadas.

Asimismo, en el CCCN en cuanto a la responsabilidad civil no se hace mención alguna al daño de carácter moral, a pesar que con la evolución del concepto de daño haya pasado de ser relacionado con dolor en conformidad con alguna lesión física a constituir un daño indemnizable en dicha codificación civil. Y en razón de estas ideas, cabe afirmar que el artículo 1.738 del CCCN acerca de la indemnización, establece que lo indemnizable es

...la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente 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 resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Entonces, se puede observar que el CCCN contempla, de alguna manera, al daño moral en el sentido de que, a través del mismo, se vulneran derechos personalísimos, los que hacen a lesiones espirituales. Y en ese orden, la responsabilidad civil implica indemnizar a la víctima ante el daño causado a su integridad personal.

En tanto, el artículo 1.741 del referido Código, que trata acerca de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, sostiene que es legítimo el reclamo por indemnizaciones no patrimoniales a la víctima directa. Además, en el caso de que el daño origine la muerte o genere alguna discapacidad importante, la legitimación recae sobre los ascendientes, descendientes, el cónyuge y aquellos convivientes del damnificado que sean tratados como miembros de su familia.

De esa manera, en consonancia con el pensamiento de Orgaz (1952) en Botteri & Coste (2017). “Puede aseverarse que este Código avanzó sobre la objetivación del viejo daño moral, tal y como ya lo habían hecho la jurisprudencia y la doctrina”. Es

decir que la responsabilidad civil por el daño moral causado es plausible de una indemnización económica.

1.3 Las obligaciones naturales y el deber moral en el Código Civil derogado, concepto y características generales

En cuanto a las obligaciones naturales el Código Vélez las definía como aquellas que se fundan en el derecho natural y en el principio de la equidad, por cuanto se consideraba que no se imponía su cumplimiento. Dichas obligaciones se hallaban reguladas en el artículo 515 de mencionado Código en su segundo título: De las obligaciones naturales, el cual establece que “(...) son las que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas, (...)”²

Asimismo, en razón del anteproyecto del actual CCCN, se convino arribar a un concepto normativo de obligación, en la que surge la responsabilidad en el marco de una relación de obligación y se entiende que “(...) la definición tiene implicancia normativa al descartar el carácter obligacional de las denominadas obligaciones naturales, categoría que se suprime por considerar que no son verdaderas obligaciones por defecto de exigibilidad” (Rosello, 2017, p.1)

En tanto, existen diversas posturas acerca de la naturaleza de las obligaciones naturales, aunque la posición mayoritaria coincide en afirmar que no son verdaderas obligaciones, ya que carecen de la coercibilidad “(...) o poder jurídico del acreedor para procurar compulsivamente la satisfacción de su crédito” (Belluscio & Zannoni, 2008, p.673). Entonces, se puede afirmar que en las obligaciones morales existe una deuda, pero se carece de responsabilidad en el sentido de carecer de acción o exigibilidad.

Y tal es así, que las obligaciones naturales eran consideradas como una especie o tipo de un deber moral y que éste, en virtud de su naturaleza, se basaba en cuestiones tales como actos de piedad, morales, en la religión y en las buenas costumbres. Entonces, en cuanto a los efectos de la diferencia que se trazaba entre obligaciones naturales y deberes morales consistía en que “(...) el cumplimiento de una obligación natural no quedaba sujeto a colación ni reducción ni era susceptible de ser revocado por

² Artículo 515 del Código Civil de Vélez Sarsfield

ingratitude, mientras que el cumplimiento de un deber moral era una liberalidad” (Rosello, 2017, p.2).

Ahora bien, en lo que respecta al deber moral, el CCCN, en su artículo 728, acerca del Deber moral, sostiene que “Lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible”. Por tanto dicha norma puede suscitar conflictos interpretativos, ya que es plausible de entender que ante una obligación no cabe el reclamo de un pago o la entrega de un bien. De esta manera, se podría hacer un paralelismo entre los deberes morales o de conciencia en el CCCN y las obligaciones naturales en el Código Velezano, ya que algunos de los supuestos que las constituían son deberes morales en el actual Código.

1.4 El deber moral de fidelidad y el daño moral

En el Código de Vélez se establecía el deber de mutua fidelidad, asistencia y alimentos entre los cónyuges. Y en ese sentido, “(...) el deber de fidelidad, efecto esencial del matrimonio y consecuencia lógica de su regulación monogámica” (Belluscio, 1976, p.332) impedía contraer al mismo tiempo más de un vínculo matrimonial legítimo.

Asimismo y atendiendo a las características del deber de fidelidad en el Código de Vélez, se puede afirmar que se distinguió por

...su carácter recíproco incompensable y permanente. Si bien, el carácter incompensable de la fidelidad, no fue legalmente prevista, es evidente que la infidelidad de uno de los cónyuges no autorizaba la infidelidad del otro. Por tanto, el cónyuge perjudicado con la infidelidad podía reclamar la separación legal o el divorcio, e incluso, la reparación del daño moral que hubiere sufrido. (Mazzinghi, 2006, p.33)

De lo anterior, cabe reflexionar que el deber de fidelidad en el Código Civil derogado resultaba jurídicamente establecido, ya que ante su incumplimiento, traía aparejada consecuencias al cónyuge culpable respecto de la víctima. Entonces, conforme a las características del referido deber de fidelidad en el mencionado Código, se puede concluir que éste

...era un derecho-deber jurídico (...) junto al derecho-deber de cohabitación, asistencia y el alimentario (...). La regulación de estos derechos-deberes, no se hallaba librada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino más bien, impuesta por las normas legales. (Torres Flor, 2018)

Derecho y deber que emana del carácter público que poseen las normas que regulan el matrimonio, por cuanto siguiendo con lo que establecía el Código Civil, ninguna causal los eximía de cumplir con sus obligaciones conyugales, ni siquiera en el caso de la existencia de un acuerdo de libertad entre ambos cónyuges, ya que las cargas, así como en el divorcio, significaba la culpabilidad para las partes implicadas y la obligación de reparar daños por parte del cónyuge culpable.

Pero, en el actual CCCN se establece que la fidelidad entre los cónyuges es un deber moral, como lo expresa su artículo 431, acerca de la Asistencia, que reza que ambos cónyuges “(...) 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”³. Artículo que sostiene el compromiso de los esposos a llevar adelante un proyecto de vida en común, fundamentado, entre otras cuestiones importantes, en el deber moral de fidelidad.

En ese sentido, el CCCN introduce una modificación sustancial, respecto al Código de Vélez, en cuanto a los derechos y deberes jurídicos que emanan del matrimonio, es decir que, en su naturaleza de obligaciones jurídicas, ya que en ese Código el incumplimiento de alguno de ellos genera efectos en cuanto a la reparación de algún daño. Mientras que en el nuevo CCCN los derechos y deberes, cuya naturaleza es moral, quedan reservados al ámbito de lo privado, sin la generación de obligaciones jurídicas.

Por tanto, ante la disolución del matrimonio o el divorcio, el cónyuge afectado no posee el derecho a un resarcimiento económico. Ya que el CCCN trae aparejado, en razón de una de sus más notorias innovaciones en cuanto al Derecho de Familia, la supresión de las causales subjetivas del divorcio.

Y en ese sentido, desde el Anteproyecto del actual CCCN se argumentaba que la experiencia judicial vino a demostrar el desgaste emocional que afecta a cónyuges y a sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. Por cuanto, entre los fundamentos del referido Anteproyecto se buscaba favorecer a la pacificación de las relaciones sociales frente a la ruptura del vínculo matrimonial y la disolución de las casuales subjetivas viene a contribuir a la superación de la dicha ruptura. (Marcellino, 2016)

³ Artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación

Asimismo, se puede afirmar que la teoría general de la responsabilidad civil, establece que para nacer la obligación resarcitoria a favor del damnificado deben configurarse sus cuatro presupuestos: daño resarcible, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. Y en ese orden, “(...) la antijuridicidad o ilicitud de la conducta dañosa del agente implica la contrariedad de un obrar activo u omisivo con una norma o principio del ordenamiento jurídico integralmente considerado, sin la concurrencia de una causal de justificación” (Orgaz, 1974, p.17).

En este sentido, el CCCN, ha optado por privarle del carácter jurídico al deber moral de fidelidad, por tanto su incumplimiento solo podrá traer 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 pueda ser exigible coactivamente y cuyo incumplimiento sea sancionable por el Derecho” (Molina De Juan, 2014, p.252)

En los próximos capítulos se abordará en profundidad las consecuencias doctrinarias y jurisprudenciales que ha traído aparejado este cambio legislativo.

1.5 Conclusiones parciales

Se puede afirmar que, según lo analizado acerca del concepto de daño moral, se entiende que éste genera una lesión emocional, que no repercute en los bienes e intereses patrimoniales, es decir que el daño moral implica una lesión espiritual en la que están comprometidos valores. También, cabe destacar que en el actual CCyC no existe una precisión conceptual acerca del daño moral y que la postura doctrinaria que predominaba era que las personas jurídicas no son objeto de daño moral o extrapatrimonial.

El daño se relaciona con el bien jurídico que se afecta, tanto los patrimoniales como los extrapatrimoniales, dentro de los cuales está el daño moral, el cual conforme a lo anterior se puede afirmar que constituye una lesión espiritual en razón de que lo se daña son derechos personalísimos. En este aspecto el actual CCyC mantiene la dualidad en cuanto al daño patrimonial y extrapatrimonial, siendo este último de índole moral.

En tanto, en lo que hace al deber moral, resulta insoslayable hacer referencia a las obligaciones naturales en el marco del Código civil derogado, las que se relacionan con la concepción de deber natural aunque no según posiciones jurídicas mayoritarias

afirman que no pueden ser verdaderas obligaciones en razón de carecer de coercibilidad, lo cual lleva a entender que la obligación natural genera una deuda, aunque no se accionable jurídicamente.

Pero, en el CCCN, al regular que en el deber moral lo entregado en su cumplimiento es irrepitable, se suscitan dudas interpretativas, por cuanto ante el incumplimiento de dicho deber no se impone una acción de resarcimiento, lo que viene a ratificar el paralelismo con las obligaciones naturales del Código velezano. Por tanto, no se considera que el incumplimiento del deber moral de fidelidad sea una causal de reparación civil.

Capítulo 2

El deber moral de fidelidad en la normativa internacional y en el actual Código Civil y Comercial de la Nación

2.1 Introducción

En este capítulo se analiza la normativa internacional que podría estar indirectamente relacionada con el deber de fidelidad, ya que no hay una referencia explícita al respecto, atendiendo, por un lado, a la protección de la familia y de los hijos, y por otro lado, al derecho a la privacidad. Así como también el marco jurídico nacional, a partir del CCCN que regula el instituto del deber moral de fidelidad y sus caracteres.

Asimismo, se compara lo que establecía el Código Civil derogado con respecto al mencionado instituto, con lo que emana del actual CCCN, en razón de sus modificaciones sustanciales. Junto con el análisis de características y rasgos propios del deber moral de fidelidad; así como también diferentes posiciones doctrinarias a favor y en contra de la procedencia del daño moral ante su incumplimiento.

2.2 Análisis de normativa internacional acerca del deber de convivencia y fidelidad

A continuación se presentan distintos instrumentos jurídicos internacionales en los que se hace referencia, de manera indirecta, a los deberes de convivencia y fidelidad como parte de la integridad familiar. Mientras que, por otro lado, existen principios que apunta a la no injerencia en la familia, como por ejemplo la privacidad, reserva, entre otras. Por lo cual desde diversos tratados internacionales se prohíbe que el Estado se inmiscuya en dicha intimidad.

En ese sentido, se puede inferir que el Estado tampoco tiene injerencia en lo que hace la fidelidad, como se expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al establecer, en su artículo 2, que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”⁴.

⁴ Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta línea es coincidente con la Constitución de la Nación argentina en cuanto a que el adulterio o la falta de cohabitación no constituyen una acción ilícita por parte de los cónyuges acorde con el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de dicha Carta Magna.

Asimismo, se puede observar que la Declaración protege al ámbito familiar, como parte esencial de la vida de los individuos, en ese orden, el artículo 16 establece el derecho a fundar una familia y de la igualdad de derechos en la relación matrimonial; así como también al disolverse el vínculo que une dicha relación. En este sentido la Declaración expresa que en el inciso 1 del mencionado artículo que:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio⁵.

Asimismo, en el tercer inciso del referido artículo, considera a la familia como el pilar de la sociedad, que debe gozar de la plena protección tanto de la sociedad como del Estado. Por cuanto se coloca a la familia como una célula de la sociedad y con las debidas garantías por parte de los Estados de velar por sus derechos.

En otra línea, cabe mencionar al artículo 11 en cuanto a la Protección de la Honra y de la Dignidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón del derecho a que se respete la honra y dignidad de todo individuo. A la par que se protege la vida privada, se protege también la honra y la reputación.

Además, en el inciso 2 de dicho título se expresa que:

...Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación⁶.

En igual sentido, en el artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”⁷.

Volviendo a los aspectos relacionado con la protección de la familia, la Convención reconoce, en su artículo 17, el derecho tanto del varón como de la mujer a

⁵ Inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

⁶ Inciso 2 del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁷ Artículo 5 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

contraer matrimonio, a la no discriminación en el seno familiar. Así como también establece que los Estados Partes adopten medidas

...apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos⁸.

Con lo cual, se puede afirmar que la Convención aboga por una relación de equilibrio en cuanto a las obligaciones conyugales, tanto durante el matrimonio, como así también luego de disolverse. Y en este aspecto, se destaca la protección a los hijos en razón ponderar y elevar sus intereses.

En tanto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en consonancia con la Convención reconoce a la familia como el elemento fundamental de la sociedad y que por ello merece la mayor protección, "(...) especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo⁹.

De esta manera, del análisis de la normativa internacional precedente, se infiere que no se observa una posición legal concreta respecto a la fidelidad. Por un lado, se observan elementos tales como integridad de la familia, deshonor, reputación, entre otros; los cuales parecen estar a favor de la fidelidad en el matrimonio en aras de la protección, preservación y desarrollo de la familia como núcleo esencial de la sociedad.

Pero, por otro lado, hay referencias a la importancia de la no intromisión en la vida privada de los ciudadanos.

2.3 El deber moral de fidelidad en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y su posible resarcimiento

El deber moral de fidelidad se encuentra regulado en la primera parte del artículo 431 del CCyC, el cual se refiere a la Asistencia y versa acerca del compromiso de los esposos "(...) a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, y el deber moral de fidelidad".

⁸ Inciso 4 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁹ Inciso 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Como se adelantara, este deber “moral” no generaría acción indemnizatoria. Ahora bien, si resultare algún daño por la ruptura de ese proyecto de vida por parte de uno de los cónyuges hacia el otro, la normativa civil contempla (en general) una indemnización o reparación de todo daño resarcible. Aunque, dicho resarcimiento no sea claro, ya que en lo que refiere a la infidelidad, al ser un deber moral, no sería generadora de daños resarcible. Por cuanto, se torna necesario demostrar la existencia del daño, el que no puede ser la infidelidad en sí misma.

De esa manera, en el artículo 1738 del CCCN se establecen como daño resarcible “(...) 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 resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”¹⁰. Entonces, la norma expresa que ante cualquier vulneración de derechos de las partes que impida proseguir con el proyecto de vida en común entre los cónyuges debe existir una reparación.

Aunque, la cuestión de la reparación en lo que hace al deber moral de fidelidad resulta incongruente con las modificaciones que se suscitan en la actual normativa civil, ya que, con la actual norma desaparece el deber de fidelidad como deber jurídico y constituye un deber de índole moral. Es decir que queda restringido a lo moral y en este sentido Aida Kemelmajer de Cartucci sostiene que “Hay una supresión de la fidelidad como deber jurídico, porque lo que se intenta es pacificar en materia de conflictos. Muchas veces, el juez no es pacificador y se profundiza el conflicto sobre las causas”¹¹.

Entonces, se puede afirmar que el deber de fidelidad queda limitado a la órbita de lo moral y en este aspecto carece de la antijuricidad, como un presupuesto de la responsabilidad civil por daños. Lo que no amerita indemnización alguna.

2.3.1 Modificaciones sustanciales respecto al Código Civil de Vélez Sarsfield

En cuanto a las modificaciones respecto al instituto del deber moral de fidelidad en relación al Código velezano, se puede afirmar que del deber jurídico de fidelidad que se enmarcaba en el artículo 198 de dicho Código se traslada al deber moral en el actual

¹⁰ Artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

¹¹ Ser fiel quedará restringido exclusivamente a lo moral. En el nuevo código civil se elimina el deber de fidelidad en el matrimonio. En Diario Clarín, edición on line 16/08/2012. Recuperado el 15/4/2019 de https://www.clarin.com/sociedad/codigo-civil-elimina-fidelidad-matrimonio_0_SyIZXTg2w7x.html

CCCN, cito en su artículo 431. Lo cual genera un debate respecto a la reparación de los daños que sufre aquel cónyuge en razón de la infidelidad del otro.

Entonces, en cuanto a la comisión que se encargó de elaborar al Anteproyecto del actual CCCN y atendiendo a sus fundamentos en torno al matrimonio, la misma manifestaba que

...se regulan sólo los deberes y derechos estrictamente jurídicos, es decir, aquellos cuyo incumplimiento genere consecuencias en ese plano. Los derechos y deberes de carácter moral o éticos quedan reservados al ámbito privado. Este punto de partida no significa desconocer el alto valor axiológico del deber de fidelidad o el de cohabitación; sólo se trata de que al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas; por eso no se los regula. (Azar & Ossola, 2017)

Asimismo, en el marco de los referidos fundamentos, otra modificación de carácter sustancial la constituye

...la supresión de las causales subjetivas de divorcio. 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 conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio. Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños (Azar & Ossola, 2017)

De esa manera, el deber de fidelidad en el matrimonio se restringe al ámbito privado, por cuanto se hace hincapié en que dicho ámbito se relaciona con la autonomía y espacio íntimo de las personas, ya que la fidelidad forma parte de un proyecto de vida de común acuerdo entre los cónyuges y está al margen de toda coerción jurídica. En este sentido, “(...) el derecho matrimonial engarza con el respeto por la autonomía personal y repulsa el control social de la intimidad como garantía de existencia del matrimonio” (Kemelmajer De Carlucci, et al, 2014, pp. 250 - 253).

En tanto, en línea con el pensamiento anterior y en razón de la cuestión del daño, la referida autora se expresa argumentando que ante el incumplimiento de un deber

moral, no cabe una reparación. Ya que, en la órbita de la moral no tiene cabida la antijuridicidad.

No obstante, existen excepciones que contemplan una reparación del daño por motivos de violencia familiar, de género, en el contexto de la relación matrimonial (...) o bien la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge” (Kemelmajer De Carlucci, et al, 2014, p. 257).

Es decir, que en virtud de lo anterior, se puede afirmar que siempre que el daño implique a una persona, más allá de su condición de cónyuge, se debería accionar bajo los presupuestos de la responsabilidad civil, ante hechos de violencia que afecten la integridad psíquica, física y que dañen, de alguna manera, su dignidad.

Aunque, en la normativa civil actual se busca terminar con litigios en el vínculo matrimonial que puedan generar un daño para ambos cónyuges. Ya que el daño que se puede provocar en los juicios de familia, causados o contenciosos, recae tanto sobre los cónyuges, como en los hijos y en este sentido se elimina la noción de culpa.

Entonces, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los procesos judiciales, en lo que respecta al divorcio y más aun cuando hay hijos, la pareja sufre una separación, pero ambos continúan siendo padres y por tanto deben mantener la comunicación. Es decir que se busca evitar el desgaste que genera un proceso judicial extenso, en aras del bienestar familiar y no un proceso que sea una mera intervención estatal a través de la figura del juez en la vida íntima del matrimonio, que contribuya a demostrar supuestas culpas. (Herrera, 2014)

Entonces, en la actual normativa civil no existe daño por infidelidad en el matrimonio, solo se contempla el daño en casos de violencia familiar o actos intencionados que afecten el honor.

2.3.1.2 Análisis del divorcio incausado de común acuerdo o de manera unilateral

Respecto al divorcio incausado de común acuerdo o de forma unilateral, resulta menester aclarar que el deber moral de fidelidad no constituye una razón jurídica o una causal para que se lleve a cabo la disolución del vínculo matrimonial. Ya que en el CCCN se suprimen las causales subjetivas, por cuanto se trata de no buscar culpables, sino de tramitar la finalización de la relación matrimonial con celeridad y de la manera menos conflictiva posible.

Entonces, en la normativa civil, conforme al artículo 437, acerca del Divorcio, y su Legitimación, expresa que éste “(...) se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”¹². De esta manera, se persigue la finalidad de la libre decisión de los cónyuges. Lo cual, para gran parte de la doctrina significa un avance en materia de derecho de familia.

2.4 Análisis de las consecuencias de la infracción de deberes conyugales

En razón del proyecto de vida en común que deciden llevar adelante los cónyuges al celebrar su matrimonio, existe un régimen especial de nulidad del mismo en la regulación del CCyC. Además de una serie de requisitos que busca

...sellar un compromiso con estabilidad, llevar adelante un determinado modo de vida y constituir una familia matrimonial. Es difícil que alguien se case para no ser fiel o no cohabitar, pero al liberar de estos deberes a la sola voluntad de un contrayente sin motivo para obtener el divorcio, aparecen como superfluos. Se diluye el compromiso legal del matrimonio y se facilita su disolución en cualquier tiempo, sin plazos de reflexión y sin invocar causas. (Ugarte, 2015, p.2)

Y en relación a lo anterior, se puede afirmar el hecho de contraer el matrimonio supone consecuencias tanto personales como las que atañen a lo patrimonial. Por cuanto la normativa civil trata acerca de un compromiso para cumplir un proyecto de vida en común, fundado en deberes aceptados y con efectos jurídicos. No obstante en el referido artículo 431 del CCCN la fidelidad se establece como un deber moral,

...pero sin embargo es el fundamento de la filiación matrimonial, pues si se presume, salvo prueba en contrario, hijos del cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la separación de hecho, entre otras posibilidades (art. 566 CCCN), es sobre la base del tradicional matrimonio monogámico heterosexual y a la exclusividad sexual entre cónyuges provenientes de ese deber. Deber moral, que trasciende al plano jurídico más allá de la enunciación del art. 431 citado, en tales supuestos. (Ugarte, 2015, p.4)

Lo cual, en función del fundamento de la filiación matrimonial y en razón de cumplir con un proyecto de vida en común y del daño que puede llegar a originarse, cabe la posibilidad de la procedencia de una reparación en razón de un daño moral.

¹² Artículo 437 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

2.5 Posturas a favor de la procedencia del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad

Cabe afirmar, que las posturas a favor de la posible procedencia por daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad se vinculan más al derecho de daños. No obstante, esta línea de pensamiento se admite si los daños se prueban distintos de los de la infidelidad misma. Es decir, en daños que se derivan de violencia, de la existencia del dolo, ya que parecería no bastar con el solo hecho de ser infiel al cónyuge.

En tanto, un sector de la doctrina se muestra a favor de que el daño moral sea procedente frente al incumplimiento del deber moral de fidelidad, lo cual está sujeto a una interpretación dinámica de ciertas normas citas en el CCCN. De esa manera, según

...la interpretación armónica y sistemática de varias normas contenidas de manera *expresa* en el Cód. Civil y Comercial (esencialmente en los arts. 51, 401, 431, 1717, 1718 inc. “a”, 1737, 1738 y 1741) lleva a concluir —sin hesitación- que la *sola* violación de dicho *deber moral de fidelidad* constituye un acto antijurídico que, de causar daño en el otro cónyuge (cualquiera sea aquél), mediando relación de causalidad adecuada, y verificándose el factor de atribución (no puede ser otro que el *dolo*), permite tener por configurados todos los elementos del hecho jurídico generador de responsabilidad civil; y, por ende, nace un crédito resarcitorio a favor de la víctima del daño. (Azar & Ossola, 2017)

Es decir, que de lo expuesto precedentemente, se puede decir que en los casos en se viole en deber moral de fidelidad, habrá indemnización siempre que existe dolo o intencionalidad. Por cuanto, no se contempla que haya una reparación per se

Por su parte, Marcos Córdoba (2016) sostiene que la responsabilidad civil es aplicable, mientras no existe una limitación para ello y que “(...) Ninguna duda cabe que al establecerse el divorcio incausado, los incumplimientos a deberes conyugales no inciden en ello pero no es extensivo a las consecuencias de la responsabilidad civil, salvo en los casos previstos en la ley” (p.1). Con lo cual no hace más que ratificar lo expresado en el artículo 401 del CCCN, acerca de Esponsales, por cuanto “...no hay acción para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura de la promesa de matrimonio”¹³

Por su parte y en acuerdo con lo anterior, Medina (2015) considera que

¹³ Artículo 401 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

...siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia, si ocasionan daños deben dar lugar a una indemnización. Por supuesto que también serán indemnizables todos los daños personales o patrimoniales producidos entre esposos aunque no deriven de faltas al deber de fidelidad. No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el art. 1737 de Cód. Civ. y Comercial establece que “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”. (p.3)

Entonces, según las ideas anteriores el incumplimiento del deber moral de fidelidad provoca lesiones en intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico y en consecuencia, cabe la reparación por ser un daño resarcible. Y en este sentido, Medina (2015) aclara que

...Cuando entre a regir el Cód. Civ. y Comercial, la única vía que les quedará a los cónyuges inocentes que han sufrido daños en el matrimonio, es accionar por responsabilidad civil, porque ésta será el único procedimiento en los que se indemnizará las consecuencias no patrimoniales de los daños sufridos (p.4).

Asimismo, el hecho de que el deber moral de fidelidad no pueda exigirse a través de una acción que cumpla a forzarlo

(...) no implica que su infracción no pueda ser indemnizada. También en el plano patrimonial existen obligaciones que no pueden cumplirse de modo coactivo: obligaciones de hacer cuando la ejecución requiere una calidad personal del deudor u obligaciones de no hacer cuando no puede deshacerse la obra hecha, sin que quepa duda alguna sobre que su incumplimiento sí genera indemnización de los perjuicios causados (Vargas, 2015, p.68)

Por tanto, en acuerdo con lo anterior Turner Saelzer (2013) sostiene que (...) las causales de divorcio por culpa (subjetivas) han sido suprimidas por el reciente Código Civil y Comercial de Argentina (2015), pero la doctrina no duda en afirmar que ello no es óbice para que se pueda seguir afirmando la posibilidad de responsabilidad civil entre los cónyuges, cuando uno de ellos ha causado al otro daño injusto (p.170)

2.6 Posturas en contra de la procedencia del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad

Se puede afirmar que en el actual CCCN considera la improcedencia de la reparación civil frente al incumplimiento del deber moral de fidelidad de ambos cónyuges; mientras en la normativa civil derogada le otorgaba un cariz subjetivo. De esa manera, el incumplimiento de derechos y deberes en la relación matrimonial originaba una obligación de reparación, ya que como se expuso anteriormente el deber de reparar el daño emanaba del carácter público de la regulación civil.

A favor de la incompatibilidad se sostiene que el Derecho de Familia, y dentro de él el Derecho matrimonial, es un derecho especialísimo, en que se regulan conductas y afectos, que escapan del plano patrimonial o económico, por lo que por su misma naturaleza se resiste a que se apliquen las reglas de la responsabilidad civil. De esta manera, se entiende que, entre los argumentos en contra de la procedencia del daño moral con respecto al incumplimiento del deber moral de fidelidad, se destaca que

(...) El Derecho matrimonial tiene sus propias sanciones al incumplimiento de los deberes conyugales, lo que revela que el legislador no ha querido que el cónyuge ofendido pueda pedir indemnización de perjuicios en contra del otro, lo cual es congruente con la idea de intervención mínima del Estado propia de las sociedades posmodernas (Barcia & Rivera, 2015, pp.24-25)

Asimismo, otra posición señala que, en razón de que los deberes matrimoniales son de naturaleza ética, “(...) su transgresión no genera todas las consecuencias que se darían si se tratara de genuinos deberes jurídicos” (Tapia Rodríguez, 2015, p. 236).

En tanto, se puede afirmar que la ruptura del vínculo matrimonial, es decir el divorcio tampoco puede ser fuente de generación de daños, tal como lo expresa Zannoni (2001):

...el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible, ante el fracaso de la convivencia matrimonial (...). No parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirva más a la justificación de vindictas -prolongación del divorcio mismo como propósito de lucro- en un contexto de litigiosidad que por otra parte ha hecho crisis en el derecho de familia moderno (pp. 237- 238)

Por cuanto, en acuerdo con la expectativa indemnizable del daño en la relación matrimonial en aras de poseer un proyecto de vida en común, no se puede coaccionar a unos de los cónyuges para que posea determinados sentimientos hacia el otro, o bien por no poseerlos. Y en este aspecto, conforme

...al interrogante sobre si procede o no la acción de daños generados por un cónyuge a otro, la respuesta negativa se impone, pues no existen razones que permitan determinar la

ilicitud de la conducta del cónyuge, por más reproche social que pueda ocasionar el adulterio o la falta de cohabitación. Todas estas acciones u omisiones de los cónyuges deben ser consideradas como una manifestación de la libertad persona del esposo que las realiza y se encuentran amparadas por el principio de reserva consagrado en el art. 19, CN. (Culaciati, 2015, p.6)

Pero, como asevera Kemelmajer de Carlucci (2015)

...La infidelidad o la falta de cohabitación, como tantas otras conductas que podrían ser los motivos por las cuales un matrimonio concluyó, forman parte de dinámicas relacionales en las que, en el nuevo régimen, no hay un culpable y un inocente, sino la evidencia de un matrimonio desgastado en el que la justicia debe intervenir ya no de modo sancionador, sino con otro tipo de normas superadoras, como son las que imponen afrontar las consecuencias jurídicas de esa situación (atribución de la vivienda, determinación de compensaciones, etc.). (p.1280)

Es decir, que en línea con lo anterior, se busca superar la imposición de conductas en la relación matrimonial, dejando de lado la culpabilidad o inocencia de uno u otro cónyuge.

2.7 Conclusiones parciales

En lo que respecta al deber moral de fidelidad, la normativa internacional no es concluyente, ya que por un lado destaca el valor de la familia y de la honra, por otro lado, destaca el valor de la no intromisión en la vida privada.

En tanto, en lo que hace a la normativa civil, el instituto en cuestión se encuentra regulado también indirectamente al tratar del desarrollo de la familia como un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y convivencia. No obstante, entre las modificaciones sustanciales en el actual CCCN no se considera que al deber moral de fidelidad como un deber de carácter jurídico, sino como uno de naturaleza moral.

Entonces, lo anterior, trae aparejado que dicho deber se restrinja al ámbito privado, lo cual genera controversias al momento de resarcir el daño, ya que ante un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento del referido deber no posee efectos jurídicos. Aunque, existe una división en la doctrina, tanto a favor como en contra, en cuanto a la controversia, acerca de si debe proceder reparación frente al incumplimiento del deber moral de fidelidad. Entre las posturas a favor, se ampara en que la vulneración del deber moral de fidelidad constituye un acto antijurídico al causar daño en el otro cónyuge mediando relación de causalidad adecuada y verificando el factor de

atribución, que es el dolo mismo. Por cuanto se conforman los elementos necesarios del hecho jurídico generador de responsabilidad civil, entonces siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia, en razón de ocasionar daños deben dar lugar a una indemnización.

Pero, otra parte de la doctrina actual considera que no procede reparación alguna por el deber moral de fidelidad, para lo cual se fundan en que el resarcimiento en el matrimonio suscita un interés especulativo, en cuanto se impone una buena conducta en la relación matrimonial, diferente al comportamiento normal de las personas y que la reparación ante la mala conducta de uno de los cónyuges es solo un paliativo al agravio.

Capítulo 3

Deber moral de fidelidad en el derecho comparado y análisis jurisprudenciales

3.1 Introducción

En este capítulo resulta relevante que en el derecho comparado y más precisamente en España la infidelidad en la matrimonio es resarcible, en razón de su naturaleza dolosa, lo cual traza una diferencia con la normativa civil argentina. Además, se indaga en fallos en los que se trata la cuestión de si es procedente una indemnización en virtud del deber moral de fidelidad, por cuanto se analizan argumentos que emanan de los mismos.

3.2 El deber moral de fidelidad en el derecho comparado

En lo que respecta al deber moral de fidelidad en el derecho comparado, se puede afirmar que dicha figura adopta matices, tanto diferentes como similares, al que adquiere en el sistema legal argentino.

Derecho español:

En este sentido, en el sistema español había dos figuras jurídicas vinculadas a la infidelidad, una era el adulterio, que se caracterizaba por el hecho de que la mujer convivía con un varón distinto de su marido.

Mientras que otra figura era el amancebamiento, que se daba cuando el esposo mantenía una relación continuada dentro de su hogar o fuera de éste, lo cual se hacía notorio. No obstante, estos delitos eran punibles siempre y cuando el agraviado no los hubiera consentido o perdonado, los mismos fueron derogados con la Constitución del año 1978, aunque perdurando la infidelidad como causal de divorcio hasta el año 2005. (Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, 2019)

Asimismo, es dable afirmar que aún perdura la infracción dolosa del deber de fidelidad, no solo en materia moral, sino también jurídica, en razón de una naturaleza contractual. Por cuanto, en el ordenamiento legal español se ha incorporado la procedencia de indemnización por daños morales originados por el dolo, tal como se expresa en el artículo 1.101 de su Código Civil.

En tanto, cabe destacar que en el Derecho de Familia se vino rechazando la contemplación de supuestos con la obligación de indemnizar. No obstante, en la reciente jurisprudencia en España se observa una línea ascendente en la protección de los derechos que componen el denominado patrimonio moral. (Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, 2019). En este sentido, también se entiende que tanto la doctrina, como la jurisprudencia admiten como procedente el resarcimiento por daño moral no patrimonial y en ese orden se puede considerar que

(...) el reconocimiento, en base de los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general (De Castro, 1972, p.9)

Además, en aras de proteger la dignidad en el matrimonio, una parte de la doctrina en España admite que el deber de fidelidad conforma un concepto amplio, que involucra todo tipo de conductas opuestas a la conservación y la unión del matrimonio como tal.

Derecho Uruguayo

En el ordenamiento civil uruguayo, se puede afirmar que el deber de fidelidad surge del deber de convivencia que resulta recíproca entre marido y mujer, tal como lo estipula el artículo 129¹⁴ del Código Civil Uruguayo (CCU). En este sentido y en lo que respecta específicamente al deber de fidelidad el artículo 127 del referido Código establece que los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos.

De esa manera, se entiende que las mencionadas disposiciones implican la existencia de un proyecto de vida en común entre los cónyuges, basado en el principio de solidaridad, la que perdura, por más que se genere la ruptura del vínculo matrimonial, ya que derivan exigencias legales, tales como la obligación de la asistencia alimentaria (Ramos Cabanellas, 2017).

Asimismo, cabe destacar que el ordenamiento legal uruguayo no hace referencia explícita al proyecto de vida en común, como consecuencia de uniones matrimoniales o convivenciales. No obstante, se puede afirmar que

(...) de las disposiciones referidas a los derechos y deberes entre los cónyuges es posible inferir que los esposos proyectan su vida en común en una convivencia solidaria y leal, en

¹⁴ 129. El deber de convivencia es recíproco entre marido y mujer.

la medida en que la misma debe estar asentada en la mutua fidelidad. (Ramos Cabanellas, 2017, p.28)

Por cuanto en la legislación uruguaya la familia se asienta en un proyecto de vida en común, ya que en aras de la unión matrimonial o en concubinato se plena una vida compartida.

Derecho Colombiano

En el ordenamiento jurídico de la República de Colombia, se entiende que el deber de reciprocidad en el matrimonio se funda en otorgarle la misma relevancia a cada cónyuge en un proyecto de vida en común. Es decir que tanto el hombre como la mujer poseen deber equitativo, de conformidad al principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 43¹⁵ de la Constitución Política Colombiana.

Y en ese orden, cabe destacar que la Corte Suprema de Colombia se ha pronunciado sobre el carácter recíproco de los deberes matrimoniales, entre los cuales el deber de fidelidad constituye una obligación mutua en razón de que

(...) al deber de una parte respecto de la otra, corresponde un deber idéntico de la segunda respecto a la primera, planteamiento que permite reconocer que en operancia tales obligaciones se encuentran en una relación de causa a efecto, es decir, de interdependencia, cada vez que la exigibilidad de una parte dependa de la ejecución de los propios deberes (...)¹⁶

Entonces, de lo expuesto se puede inferir que el deber de fidelidad se funda el respeto, buen trato y la protección de la dignidad de ambos cónyuges, en aras de actuar conforma a intereses familiares, que hacen a la unión de la familia. Y en este aspecto, para la legislación colombiana, el incumplimiento del deber de fidelidad engloba tanto a las relaciones sexuales extramatrimoniales o de cualquier acto erótico que provenga de una persona diferente al cónyuge, que se enmarque en una injuria grave y que deriva en una causal de divorcio (Peláez Soto & Peláez Soto, 2017)

Y en ese orden, se puede observar que el deber de fidelidad se encuentra consagrado en los artículos 131¹⁷ y 132 del Código Civil Colombiano, en razón de que

¹⁵ Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. MP José Alejandro Bonivento. Sentencia del 28 de junio de 1985.

¹⁷ Artículo 131 Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida

implican un deber de lealtad sexual entre los cónyuges. En ese sentido, el artículo 132 establece que “El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé”. Por tanto, se puede afirmar que el adulterio conforma una infracción civil.

Asimismo, resulta destacable que en el ordenamiento jurídico de Colombia el matrimonio es concebido como un acto jurídico bilateral, que se produce de forma libre, espontánea y consciente entre dos adultos que se obligan a un respeto mutuo. Y en ese orden el artículo 176 del Código Civil Colombiano estipula que ambos cónyuges “(...) están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida”¹⁸. De esa manera, volviendo a la infidelidad, la legislación colombiana prevé una material, en razón de relaciones sexuales extramatrimoniales y otra infidelidad de carácter moral, referida al ultraje, injurias graves, entre otras

Es decir que en la normativa civil colombiana se contempla el deber legal de fidelidad, en razón de lesiones que afecten espiritualmente a los cónyuges, tales como el trato cruel y ultrajes.

3.3. Análisis de algunos fallos judiciales

En lo que respecta a la jurisprudencia argentina vinculada con el deber moral de fidelidad y con la posibilidad del resarcimiento por algún daño ocasionado por su incumplimiento, se pueden traer a colación diversos casos, aunque resulta complejo y controversial la indemnización por el mencionado incumplimiento.

3.3.1 Caso “T c/ C s/ divorcio vincular”

En este sentido en el caso caratulado como “T. c/ C. s/ divorcio vincular”¹⁹ del año 2016 del Supremo Tribunal de Justicia de La Pampa resuelve decretar el divorcio en forma incausada en los términos, en el cual la Jueza que entiende en la causa rechazó la indemnización de daño moral pretendida por el reconviniente, en razón de la violación del deber moral de fidelidad.

¹⁸ Artículo 176 del Código Civil de la República de Colombia

¹⁹ CNACiv. Com y Laboral- La Pampa. “T c/ C s/ divorcio vincular” (14/12/2016)

Entonces, según lo establecido por el artículo 437²⁰ del CCCN y conforme a los fundamentos fácticos del caso, los hechos ocurren en el marco del pedido por parte de la mujer de un divorcio vincular, por injurias graves. A lo que el esposo rechazó la demanda, al esgrimir que su esposa le había sido infiel, siendo testigo ocular de su mujer saliendo de un hotel alojamiento con otro hombre, además de negar todo tipo de hostigamiento o amenaza que represente un riesgo para la vida de la misma.

De esa manera el esposo fundamentó su reclamo por daño moral en razón de (...) 1) la violación del deber de fidelidad, la destrucción de la confianza y la “falta de respeto al inocente”, por la publicidad del hecho y su repercusión en los diarios y portales locales; 2) la intención de atentar contra la vida del cónyuge como instigador, por lo que quedó la secuela de “strees post traumático” con pronóstico “reservado” según informe del médico psiquiatra C; 3) las injurias graves causadas por el divorcio; 4) el abandono voluntario y malicioso: en lugar de “cuidar a su marido herido” ... “aprovechó para sacar” de su domicilio conyugal “toda su ropa y muebles” mientras él estaba internado. Sostuvo que el daño moral provocado en los afectos y en su personalidad resultan de una magnitud “muy superior al que necesariamente se sufre en un divorcio”, máxime teniendo en cuenta que la “actividad docente profesional del damnificado”... “le creó un trauma que le dificulta su vida de relación” (ver fs. 55 a 60, escrito “Contesta demanda... Reconviene”).

La jueza rechazó la indemnización de daño moral pretendida por el reconviniente, por haberse decretado el divorcio sin atribución de culpa a las partes (fs. 524).²¹

Por cuanto, la sentencia de primera instancia rechaza las causales de divorcio de la demanda y reconvención, decretando el divorcio vincular en base al inciso 2²² del artículo 214 del Código de Vélez sin culpa de las partes. Además, de decretar la ruptura del vínculo y el rechazo del reclamo por daño moral.

En tanto, en razón del informe psicológico se arriba a la conclusión que la esposa fue infiel por el menoscabo que sufrió, el cual es merecedor del daño moral, por lo que los jueces consideraron que dicho daño se avala a causa de la infidelidad, lo que coartó un proyecto de vida. En este sentido, cabe traer a colación lo expresado por Kemelmajer de Carlucci (2014) acerca del Derecho de familia en el actual CCCN:

²⁰ ARTICULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges

²¹ CNACiv. Com y Laboral- La Pampa. “T c/ C s/ divorcio vincular” (14/12/2016). Considerando 1º

²² ARTICULO 214 .- Son causas de divorcio vincular:

2º La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

(...) la reforma, a diferencia de otros sistemas de la legislación latinoamericana, conservó el Derecho de Familia dentro del Código Civil; o sea, no sancionó un Código de Familia separado. Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas (p.12)

Po tanto, entre otros considerandos del fallo, según los principios generales de la responsabilidad sostienen que el daño se produce ante cualquier acción u omisión que sea antijurídica y no esté justificada, por tanto existe el daño al lesionarse un derecho no reprobado por el ordenamiento legal, conforme a lo establecido a los artículos 1717 y 1737 del CCCN. Así mismo, la indemnización del daño “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, (...) de “sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”²³

Por lo cual la sentencia rechazó las causales de divorcio denunciadas en la demanda y decretó el divorcio vincular por la causal contemplada por el art. 214 inc. 2° del Código Civil sin culpa de las partes, e impuso las costas en el orden causado. Así como también decretó la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda y rechazó el reclamo por daño moral de la mujer.

3.4 Análisis jurisprudencial respecto a la posible procedencia del daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad

Caso "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular"

En el fallo de la causa caratulada como "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular"²⁴, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta rechazó el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia que había ordenado adecuar una demanda de divorcio a las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial. En este sentido, la mujer dedujo en el año 2013 una demanda de divorcio en contra de su marido en ese momento, en razón de injurias graves y abandono voluntario y malicioso, conforme a lo establecido por los artículos 202, incisos 4 y 5 y 214 en su

²³ Artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación

²⁴ CACiv. y Com. Sala III. "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular". (5/5/2019)

inciso 1 del Código de Vélez. A lo que el demandado pidió la aplicación de la causal de injurias graves para la mujer.

En tanto, al entrar en vigencia el actual CCCN, el juzgado se pronuncia de manera de evitar el desgaste jurisdiccional innecesario y adecuando la demanda a norma vigente. En este sentido los magistrados del Tribunal traen a colación que la nueva normativa suprime las causales subjetivas, en virtud de la destrucción y desgaste emocional que se someten los cónyuges, frente a la opción del divorcio.

De esa manera los jueces esgrimieron que

(...) Sabido es que en materia de divorcios, el Código Civil y Comercial ha suprimido las causales subjetivas, señalando en los fundamentos del Anteproyecto que “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. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio.²⁵

Por cuanto, en el actual régimen la solicitud de divorcio no necesita más que la voluntad de uno de los cónyuges, sin interesar el tiempo transcurrido y en el caso en cuestión los magistrados destacaron que, si bien el matrimonio entre las partes fue celebrado estando vigente la normativa anterior, su extinción se producirá con la sentencia. De esta manera, la Cámara resuelve no hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la mujer.

Así las cosas, la reconviniente esgrimió, en su escrito postulatorio que lo que da sustento a su petición, las agresiones físicas y psicológicas sufridas por su marido, durante un periodo que abarca desde diciembre de 2008 al mes de agosto de 2013. Por cuanto la Dra. Abreut de Begher sostuvo que

I- Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniente contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda de divorcio y rechazó los daños y perjuicios en concepto de daño psicológico y daño moral contra su ex cónyuge. A fs.200 se agravia la Sra. G. por el decisorio de grado por cuanto rechazó su pretensión de daños y perjuicios. Dijo que la juez luego de decretar el divorcio incausado conforme las disposiciones de los arts. 437 y cc Código Civil y Comercial, se

²⁵ CACiv. y Com. Sala III. "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular". (5/5/2019). Considerando 2°

limitó a rechazar su pedido de indemnización del daño psicológico y el daño moral, por entender que no tenía “respaldo normativo” a la luz de la nueva legislación, sin detenerse a aplicar los preceptos generales de la responsabilidad contenidos en el Código Civil y Comercial, art.1737 y cc. Pide que este aspecto del decisorio sea revocado.

Los agravios son contestados por el actor reconvenido a fs.206/9. Marca en primer término la deserción del recurso, solicitando que así sea declarado; y luego la confirmación del fallo por entender que no se probaron los daños alegados en el escrito que contiene la contrademanda.²⁶

Por tanto, en consonancia con lo anterior, el Juez de grado determinó el divorcio según la actual normativa civil en razón de los artículos 437 y siguientes. No obstante, ante el reclamo por indemnización se manifestó en contra, ya que no cuenta con el respaldo legal, en virtud de daños y perjuicios. Siendo el meollo de la cuestión procesal la demanda para la revocación del fallo que rechazó la reparación por daños que pretendía la actora demandante, al considerar la a quo que no existe, como se viene expresando, un respaldo normativo para tal pretensión.

Por cuanto, en el caso no está en debate el incumplimiento de los deberes matrimoniales de los cónyuges, tales como el deber moral de fidelidad, cohabitación, asistencia mutua, entre otros, según lo indica el artículo 431 del CCCN, o bien, si existió culpa de algunos de los esposos, sino que el eje central del reclamo son los daños que el actor le habría provocado a su cónyuge durante la convivencia en común, y luego de la separación. Entonces, ante la acumulación objetiva de acciones, de las cuales una ya se decidió y quedó firme; por lo que restaba analizar el reclamo indemnizatorio que viene apelado a esta Alzada. Y en ese orden

IV- En los Fundamentos del Anteproyecto 2012 redactado por la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que resulta ser el antecedente directo del Código Civil y Comercial, se dijo en forma contundente que era improcedente la reparación de daños por los supuestos incumplimientos matrimoniales –ej. La fidelidad-. La idea era no incentivar la promoción de acciones resarcitorias si algunas conductas y consecuencias podían tener adecuado cauce de juzgamiento ante el juez de familia que analice el divorcio. Sin embargo, entiendo que lo dicho no obsta a que en determinadas situaciones si se dan los presupuestos de responsabilidad civil, como el ataque al honor, la intimidad, dignidad, integridad física o psíquica, esos daños puedan ser reparados. Entender lo contrario sería

²⁶ CACiv. y Com. Sala III. "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular". (5/5/2019). Considerando 1º. Voto de la Dra. Abreut de Begher

admitir un campo de inmunidad para el sujeto dañador, o en el peor de los casos, que se encuentra configurada una renuncia anticipada a la posibilidad de reclamar la reparación de los daños sufridos por quien resulte víctima de hechos lesivos ocasionados en el ámbito familiar (...) Justamente, en este caso el debate no gira sobre si existió infidelidad, falta de asistencia mutua, etc., sino de lo que se trata es de analizar los daños que el actor habría provocado a la demandada reconviniendo con su accionar, y en su caso, de indemnizarlos adecuadamente. Aquí se alegó violencia doméstica ejercida por el actor contra la accionada, y que ello le provocó a ésta un daño psicológico y moral²⁷.

Por cuanto la Cámara decide no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora que inició la demanda.

Caso “S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”

Por último, cabe mencionar al fallo del caso caratulado como “S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”²⁸ de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires, del año 2016, en razón de la procedencia de la indemnización por daño psicológico y moral reclamado por la cónyuge que sufrió violencia psicofísica por parte de su marido.

Entonces, en ese orden el Tribunal consideró que

Corresponde hacer lugar al reclamo de los daños y perjuicios en concepto de daño psicológico y daño moral solicitados por la cónyuge reconviniendo, toda vez que existió un accionar disvalioso del ex cónyuge que desbordó los límites de conducta habitualmente respetados por las personas corrientes, mediante afrentas a la dignidad y el honor, algunas de ellas públicas, que produjo un daño que debe ser resarcido²⁹.

No obstante, en razón de los presupuestos de la responsabilidad civil, como la violación del honor y la integridad física, constituyen daños que son susceptibles de reparación. Por tanto, siguiendo esa línea de pensamiento, se deben tener en cuenta hechos que van más allá del deber moral de fidelidad. Por ejemplo, actos o situaciones que generen violencia hacia los cónyuges; por tanto el deber la reparación no emana de la violación a un derecho - deber moral del matrimonio, porque “no puede existir expectativa a la vida matrimonial indemnizable”. (Lorenzetti, 2014)

²⁷ CACiv. y Com. Sala III. "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular". (5/5/2019). Considerando 4°.

²⁸ CNAciv. Sala H. “S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”. (21/04/2016)

²⁹ CNAciv. Sala H. “S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”. (21/04/2016). Considerando 1°

De esa manera, se resuelve revocar el decisorio de grado en lo que se vincula al reclamo por daños y perjuicios efectuado por la demandada reconviente, y por lo tanto, hacer lugar a la acción indemnizatoria por daño psicológico y daño moral contenida en la reconvención.

3.5 Conclusiones parciales

En lo que respecta a otros sistemas legales comparados, en el ordenamiento civil uruguayo se establece que los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos, aunque, a diferencia del CCCN, no hace referencia de manera explícita al proyecto de vida en común, tanto en las uniones matrimoniales, como convivenciales. Lo cual no implica que se entienda que de la vida en común emanen deberes basados en el principio de solidaridad familiar. Mientras que en la normativa civil de la República de Colombia el deber de fidelidad se consagra en el digesto civil, contemplando un deber de lealtad sexual entre los cónyuges, siendo el adulterio una infracción civil. Además, en ese sistema legal se prevé un incumplimiento de fidelidad material, debido a relaciones sexuales extramatrimoniales y otra infidelidad de carácter moral, como el ultraje y las injurias graves.

En tanto en el sistema legal español, el tratamiento que hace acerca de la fidelidad en el matrimonio, es considerado como un deber moral. Por cuanto, en España concurrían dos figuras delictivas, como por ejemplo el amancebamiento, ante la relación continuada del esposo dentro y fuera del hogar, siempre que el agraviado no lo hubiera consentido o perdonado. A partir de la nueva Constitución española dicta en el año 1978 se derogan los delitos vinculados al deber de fidelidad, aunque perduraron como causa de divorcio hasta el año 2005.

Actualmente, la codificación civil española considera a la infracción dolosa o intencional del deber de fidelidad, no solo en la esfera moral, sino también jurídica, lo que amerita que exista un daño moral y debe ser resarcido como tal. En tanto, del análisis jurisprudencial en el sistema legal argentino surgen cuestiones que permiten afirmar que el deber moral de fidelidad, por su misma naturaleza moral no admite indemnización, lo cual es materia debate y controversia.

En ese aspecto, el fallo del caso “T. c/ C. s/ divorcio vincular”, en el contexto de un divorcio con causa iniciado por la mujer contra su esposo, quien reconvino por otras causales y adicionó un reclamo por daño moral, se resuelve revocar la sentencia que

condena a la actora resarcir a su ex pareja por daño moral. Y en este aspecto, se puede afirmar que la resolución incorpora la perspectiva de género, además de indicar que no existen comportamientos aislados y autónomos como origen exclusivo de las desavenencias.

Asimismo, se acuerda que el deber de reparación no surge de la violación de un derecho, como los deberes morales en el matrimonio, ya que se busca de que no pueda existir alguna expectativa indemnizable en la vida matrimonial. Lo que resulta controversial, ya que si bien el deber moral de fidelidad, se enmarca en una naturaleza moral, debería contemplarse como generador de un daño y en consecuencia ser susceptible de reparación.

Conclusiones finales

En razón de lo expuesto durante el desarrollo de la investigación, cabe afirmar que del problema de ésta surge el interrogante de si ¿Es procedente la reparación del daño moral proveniente del incumplimiento del deber moral de fidelidad?

Por cuanto, ante dicho planteo, se confirma la hipótesis que afirma que debería proceder el reclamo civil por el daño moral ante el incumplimiento del deber moral de fidelidad y que se dé lugar a un indemnización, ya que la improcedencia de la responsabilidad civil por daño moral en el deber moral de fidelidad provocaría que los cónyuges, a pesar de poder solicitar el divorcio, aún no cuenten con un nivel máximo de juridicidad.

Entonces, conforme a los resultados obtenidos durante proceso de estudio y análisis, cabe destacar que en el actual CCCN, si bien no existen precisiones conceptuales acerca del daño moral por infidelidad, se contemplan daños en el matrimonio en razón de determinados deberes.

Asimismo, cabe reflexionar que si el daño se vincula con el bien jurídico que se afecta, tanto los patrimoniales como los extrapatrimoniales, dentro de los cuales está el daño moral, éste último constituye una lesión espiritual que genera un daño derechos personalísimos. Y en este sentido, la dualidad que el CCCN mantiene, entre daño patrimonial y extrapatrimonial encuadra a este último en la esfera moral, que deviene de las obligaciones naturales del Código de Vélez, las que no eran consideradas como obligaciones jurídicas per se.

Además, en razón de ahondar en el derecho internacional, si bien la normativa en este sentido brega por la buena convivencia en el marco de la familia, no existe una clara referencia al deber moral de fidelidad, el cual emana de los deberes que hacen a esa convivencia. Y, como se viene analizando, la normativa local deja de lado al carácter jurídico del deber de fidelidad.

Entonces, lo anterior, trae aparejado que dicho deber se restrinja al ámbito privado, lo cual genera controversias al momento de resarcir el daño, ya que ante un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento del referido deber no posee efectos jurídicos. No obstante, resulta interesante destacar que la doctrina se encuentra dividida tanto a favor como en contra, en cuanto a la controversia, acerca de la posible procedencia de la reparación frente al incumplimiento del deber moral de fidelidad.

Y entre las posturas a favor, se considera que la violación de dicho deber de constituye un acto antijurídico al causar daño en el otro cónyuge mediando relación de causalidad adecuada y verificando el factor de atribución, que no es otro que el dolo. De esta manera se estarían configurando los elementos necesarios del hecho jurídico generador de responsabilidad civil, en razón la falta de asistencia, la violencia y la misma infidelidad ocasionan daños que deben dar lugar a una indemnización.

Por otra parte, la doctrina actual considera que no procede reparación alguna por el deber moral de fidelidad, ya que, en primer término se somete a una interpretación estricta del artículo 431 y sostiene el resarcimiento en el matrimonio suscita un interés especulativo, en cuanto se impone una buena conducta en la relación matrimonial, diferente al comportamiento normal de las personas y que la reparación ante la mala conducta de uno de los cónyuges es solo un paliativo al agravio.

Además, la jurisprudencia viene a avalar lo expuesto precedentemente, aunque cabe mencionar al fallo “T c/ C s/ divorcio vincular” que resulta inédito, al decretarse el divorcio vincular, condenando a la esposa del actor a una indemnización por daño moral. Aunque, el eje central del caso, no puso en debate que dicha reparación se deba en particular al deber moral de fidelidad o la culpa de alguno de los cónyuges, sino a las conductas que lesionan o dañan la integridad, los cuales si son reparables. No deja de ser un precedente que pone sobre el tapete cuestiones que emanan del deber moral de fidelidad y que originan daños al menoscabar la integridad de los cónyuges y del matrimonio mismo.

Por cuanto, ante la improcedencia de una indemnización en el deber moral de fidelidad, dado el carácter indemnizable del daño entre los cónyuges en el contexto del matrimonio y que la infidelidad de alguno de ellos es una infracción moral que queda en la esfera privada de los cónyuges y como única solución ante el incumplimiento de la fidelidad es solicitar el divorcio sin importar los motivos.

Entonces, se propone, que ante la violación del mencionado deber moral de fidelidad origina un daño al cónyuge que padece el engaño, se produce un daño, que bien podría reunir los requisitos del daño resarcible, aunque la infidelidad en el matrimonio no constituye un acto antijurídico, ya que no existe un deber jurídico de no engañar al cónyuge. Por cuanto, la posibilidad de que se contemple una indemnización por daños sufridos a raíz de una conducta injusta del cónyuge resulta cuestionada, ya que, de lo expuesto en la investigación, los instrumentos propios del Derecho de familia

que regulan las crisis en el matrimonio tienden a ser suficientes para solucionar conflictos en materia de índole familiar.

No obstante, se puede considerar que, en razón del incumplimiento del deber moral de fidelidad, el vínculo familiar entre el que origina un daño y la víctima no debe quedar inmune respecto a la reparación de los daños causados, ya que la vida en comunidad se basa en el deber de no dañar.

Bibliografía

I-Doctrina

- Arango Bravo, A. M. y Peláez Soto, L. (2017) La infidelidad y el incumplimiento de los deberes conyugales como causales de divorcio en Colombia: propuesta de una relectura. Colombia: Universidad EAFIT. Recuperado el 15/7/2019 de https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/12176/ArangoBravo_AnaMaria_PelaezSoto_Laura_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Azar, A. M. y Ossola, F. A. (2017) Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños. En Thomson Reuters, 15 febrero, 2017. Recuperado el 16/4/2019 de <http://thomsonreuterslatam.com/2017/02/principio-de-indemnidad-deber-moral-de-fidelidad-entre-conyuges-y-resarcimiento-de-danos/>
- Barcia, R. y Rivera, J. M. (2015) Sobre el principio de intervención mínima del Estado en la familia. En *Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 2, 2017, pp. 121-145. Universidad de Talca, Chile. Recuperado el 11/6/2019 de <http://www.redalyc.org/pdf/197/19754349005.pdf>
- Belluscio, A. C. (1976) *Derecho de Familia Tomo II Matrimonio*. Buenos Aires: Depalma.
- Belluscio, A. C. y Zannoni, E. (2008) “Código Civil. Comentado, anotado y concordado. Tomo 2”. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Botteri (h.), J. D. y Coste, D. (2017) El daño moral de las personas jurídicas y el Código Civil y Comercial. Publicado en: *RCCyC 2017 (febrero)*, 03/02/2017, 203 – *RCyS2017-VI*, 52 – *LA LEY*. Por Thomson Reuters 3 agosto, 2017. Recuperado el 15/3/2019 de <http://thomsonreuterslatam.com/2017/08/el-dano-moral-de-las-personas-juridicas-y-el-codigo-civil-y-comercial/>
- Castro y Bravo, F. (1972) *Temas de Derecho Civil*, Madrid: Marisal, A. G.
- Córdoba, M. M. (2016) Daños y Familia. *LA LEY*, 25/02/2016. En Thomson Reuters 15 febrero, 2017. Recuperado el 16/4/2019 de <http://thomsonreuterslatam.com/2017/02/principio-de-indemnidad-deber-moral-de-fidelidad-entre-conyuges-y-resarcimiento-de-danos/>

- Corral Talciani, H. (2017). Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia. *Ius et Praxis*, 23(2), 121-146. Recuperado el 10/6/2019 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200121#fn22
- Culaciati, M. M. (2015) El divorcio y el miedo a la libertad. La improcedencia de las acciones resarcitorias frente al incumplimiento de los deberes conyugales. Recuperado el 17/3/2019 de https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Culaciati_EL-DIVORCIO.pdf
- Fiorenza, A. A. (2018) El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial. En *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, N° 14.362, miércoles 7 de marzo de 2018. Recuperado el 15/3/2019 de <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/03/07032018.pdf>
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M. (2015) *El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código*. Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer De Carlucci, Aída. Herrera, M, y Lloveras, N. (2014) *Tratado de derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014 T. I*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Herrera, M. (2014) Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En *SAIJ*, 2 de Octubre de 2014. Recuperado el 30/7/2019 de <http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>
- Leiva, C. F. (2016) *La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley
- Lorenzetti, R. L. (2014) Conferencia brindada en la sala Martín Coronado del Complejo San Martín el 22/10/2014. Recuperado el 17/3/2019 de: <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php>
- López Herrera E. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV 1ª ed., Buenos Aires: La Ley.
- Marcellino, L. (2016) ¿Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges en el C.C.C.N.? En *Thomson Reuters*, 14 enero, 2016. Recuperado el 10/6/2019 de

<http://thomsonreuterslatam.com/2016/01/son-resarcibles-las-consecuencias-no-patrimoniales-derivadas-de-la-infidelidad-de-uno-de-los-conyuges-en-el-c-c-c-n-autor-leonardo-marcellino/#FN13>

- Mazzinghi, J. (2006) *Tratado de derecho de Familia Tomo 2 Efectos personales y regímenes de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley.
- Medina, G. (2015) Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado, en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones Número 5 – Septiembre 2015, 07-09-2015, IJ-LXXX-322*
- Molina De Juan, M. (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Orgaz, A. (1952) *El daño resarcible*^{1ª} ed. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina: Omeba.
- Orgaz, A. (1974) *La ilicitud (extracontractual)*. Córdoba: Ed. Lerner.
- Ramos Cabanellas, B. (2017) El proyecto de vida en común de los cónyuges y el de los convivientes. En *Revista Derecho moderno /1 (enero-dic., 2017) [23-31]*
- Rossello, G. (2017) Obligaciones y deberes morales. En *Diario Civil y Obligaciones Nro 114 - 12.06.2017*. Recuperado el 7/4/2019 de <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/06/Gabriela-Rossello-Civil-12.06.pdf>
- Sáenz, L. R. J. (2015) *Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños, 1ª ed.* Buenos Aires: Hammurabi.
- Ser fiel quedará restringido exclusivamente a lo moral. En el nuevo código civil se elimina el deber de fidelidad en el matrimonio. En *Diario Clarín, edición on line 16/08/2012*. Recuperado el 15/4/2019 de https://www.clarin.com/sociedad/codigo-civil-elimina-fidelidad-matrimonio_0_SyIZXTg2w7x.html
- Tapia Rodríguez, M. (2015) Aproximación crítica a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales, en: *Vidal, A.; Severin, G. y Mejías, C. (edits.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuter), pp. 233-234*
- Torralbo Ruiz, Á. (2011) El rol de la mujer en el Código Civil Especial referencia a los efectos personales del matrimonio en *Estudios Interdisciplinarios de Género Salamanca, 2011*

- Torres Flor, A. (2018). La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial argentino. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (18), 183-198. Recuperado el 16/3/2019 de <https://dx.doi.org/10.22235/rd.v18i2.1706>
- Turner Saelzer, S. (2013) Deberes personales derivados del matrimonio y daños en la jurisprudencia chilena, en: *Domínguez, Carmen y otros (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, Thomson Reuters)*, pp. 165-173. Recuperado el 10/6/2019 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200121
- Ugarte, L. A. Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica. En *LA LEY 08/06/2015*. Recuperado el 18/4/2019 de http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ugarte_Deberes_del_matrimonio_y_consecuencias_del_divorcio_incausado.pdf
- Vargas Aravena, D. (2015) Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. En *Revista Ius et Praxis* (Nº 21, vol. 1), pp. 57-100. Recuperado el 11/6/2019 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200121
- Zannoni, E. A. (2001) *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones, t. I*. Buenos Aires: Astrea.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. (2019) La fidelidad conyugal, un deber evanescente En *Legal Today por y para abogado*, 1 de Febrero de 2019. Recuperado el 10/6/2019 de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/la-fidelidad-conyugal-un-deber-evanescente#>

II-Legislación

- Código Civil derogado
- Código Civil de España
- Código Civil de Colombia
- Código Civil de Uruguay
- Código Comercial y Civil de la Nación argentina

- Constitución de la Nación argentina

III-Jurisprudencia

- CACiv. y Com. Salta. Sala III. "E., E. L. vs. O., G. O. - Divorcio vincular". (5/5/2019)
- CNACiv. Com y Laboral- La Pampa. "T c/ C s/ divorcio vincular" (14/12/2016)
- CNACiv. Sala H. "S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios". (21/04/2016)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. MP José Alejandro Bonivento. Sentencia del 28 de junio de 1985.