
LAS IMPLICANCIAS DE LA INFIDELIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS*

Miguel W. ARECHA**

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018

Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2018

En la actual sociedad de consumo, que se ha sido caracterizada como “líquida” (BAUMAN y DASSAL, 2014) precisamente se ha puesto en crisis el compromiso y la consiguiente responsabilidad. La libertad nos constituye como seres humanos y se caracteriza como la capacidad del hombre para decidir por sí mismo. Pero en la sociedad consumista líquida esa capacidad de decisión está dirigida por una lógica binaria o digital (HERNANDEZ, 2014: 40). Al hombre actual, cuya esencia es la libertad, frecuentemente le resulta insoportable asumir sus propias culpas olvidando que la libertad es responsabilidad (FERNANDEZ SESSAREGO, 2014).

Resumen

En el presente trabajo propondré un estudio sobre la forma en la que el nuevo deber moral de fidelidad incide para la admisión concreta de acciones resarcitorias en el plano del Derecho de Daños. Para ello, me ceñiré a analizar la significancia propia de este deber, readecuándolo a las pautas culturales y legales vigentes, repasaré las principales posiciones autorales y jurisprudenciales sobre el tema, brindaré algunas reflexiones argumentativas para fijar mi posición y, finalmente, indicaré aquellos supuestos en los que procedería la tutela resarcitoria.

* Este artículo fue presentado originalmente como trabajo final en el “Curso de Especialización en Contratos y Daños” de la Universidad de Salamanca (España).

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) (2012). Docente de la Universidad de Buenos Aires en la materia Instituciones del Derecho Privado (Titular de cátedra: Carlos Negrí). Se desempeña profesionalmente en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del Poder Judicial de la Nación Argentina.

Palabras clave

Derecho de Daños – infidelidad – responsabilidad civil – deber moral – resarcimiento – tutela resarcitoria

IMPLICATIONS OF INFIDELITY IN TORT LAW

Abstract

The present paper explores the way in which the new moral duty of fidelity influences the concrete admissibility of claims for damages under Tort Law. It is limited to the analysis of the significance of this duty, adapting it to the current cultural and legal guidelines, while reviewing the main positions of authors and case law on the matter, and reflecting on them to fix the author's position. Finally, the paper determines those cases in which, according to the author, the claim should succeed.

Keywords

Tort Law – adultery – civil responsibility – moral duty – compensation – damages

I. Introducción

En Argentina, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 1° de octubre de 2014 a través de la ley 26.994.

Fue un hito no sólo por los cambios que trajo aparejado en el mundo jurídico, sino también porque el antiguo Código Civil —redactado por Vélez Sarsfield— había entrado en vigencia el 1° de enero de 1871 y desde entonces únicamente había sufrido algunas modificaciones y agregados por leyes especiales que alteraron parte de su esquema.

El nuevo plexo normativo ha mantenido inertes ciertos conceptos del régimen anterior, pero también ha venido a receptor las posturas que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado sobre distintos tópicos en los últimos tiempos.

Se puede visualizar una medular modificación en lo que hace a los deberes matrimoniales: de la fórmula tantas veces escuchada "*Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos*" (art. 198 del Código Civil) se ha pasado a un renovado y

sacramental texto que establece que *“Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”* (art. 431 del Código Civil y Comercial).

En el presente trabajo me propondré estudiar desde distintas perspectivas la forma en que se inserta en el Derecho de Daños un deber eminentemente familiar como lo es el de fidelidad.

Así, abordándolo de manera unitaria y coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 del Código Civil y Comercial),² circunscribiré el examen a cuestionar si la inobservancia de aquel deber debería importar la procedencia de una acción del tipo resarcitoria.

II. Deber de fidelidad

Entre los distintos débitos matrimoniales el deber de fidelidad siempre ha sido el que despertó las mayores controversias, siendo acompañado a lo largo de la historia por distintos debates, esencialmente de índole ético, muchas veces adaptados a contextos ideológicos determinados por la época.

Es bajo esta trama que la conceptualización de la fidelidad ha mutado dando espacio a una idea que sobrepasa los límites de la exclusividad sexual, más bien emparentada con la lealtad en un sentido más abarcador del término.

Tradicionalmente la infracción del contenido del deber de fidelidad se ha identificado con el adulterio (ZAMBRANO, 2016: 392) Se referenciaba que *“el deber de fidelidad hace a la esencia del matrimonio y que éste tiene un fundamento moral”*, afirmándose que *“la unión de cuerpos y almas quedaría profundamente resquebrajada si se permitieran las relaciones extraconyugales. Es, pues, el primero entre los deberes conyugales, y tiene carácter recíproco”* (BORDA, 2016: 203).

Frente a aquella postura, en la actualidad existen tendencias que aproximan su definición a *“comportamientos como la lealtad o la exclusividad en las relaciones anímicas íntimas que tan sólo deben tener lugar con la persona del cónyuge, no traicionar la confianza recíproca y no descuidar la atención física y espiritual de otro”* (ECHEVERRÍA DE RADA, 2015: 2). En

² Artículo 2 del Código Civil y Comercial: *“Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

efecto, para ejemplificar, el Código de Cataluña no menciona la fidelidad, sino que se refiere, a la hora de configurar los deberes, a guardarse lealtad.³

Por lo tanto, no es posible que la exclusividad sexual constituya por sí sola un criterio exhaustivo de valoración, ni tampoco el cumplimiento de la promesa verbal o su infracción, siendo necesario cuidar el comportamiento general y, en concreto, la dirección que han de darle a la vida familiar (SESTA, 2016: 393).

Aquella aproximación sobre este deber no puede escapar a la hora de reflexionar sobre la procedencia de acciones indemnizatorias, pues reprochar una conducta adúltera sin teorizar sobre qué es lo que debe entenderse por fidelidad carecería de todo sentido lógico.

En definitiva, aquella re-significación servirá de norte para determinar de qué infracción hablamos objetivamente.

III. Contexto en el que se debate sobre el asunto

Como señalé en el introito de este trabajo, entran en juego aquí dos ramas del derecho que, si bien diferenciadas, en el área específica que nos incumbe se superponen para dar lugar a una dificultosa coexistencia.

Cada una de estas materias —el Derecho de Familia y el Derecho de Daños— presenta la singularidad de que en las últimas décadas han entrado en contingentes crisis que han multiplicado sus paradojas.

En el Derecho de Familia, el seno del grupo social objeto de regulación ha sufrido cambios paradigmáticos en el plano sociológico que han repercutido en el ámbito de incumbencia del Derecho.

El paso de un modelo “patriarcal” a otro “autorreferencial” ha modificado la manera en que se entiende a la familia.

En búsqueda de evitar fomentar y extender las controversias internas entre los familiares y con el fin de mantener la armonía doméstica, las disputas solían resolverse

³ Art. 231, inc. 1, Código de Cataluña.

dentro del cerrado círculo de la familia, en el que el esposo llevaba las riendas en la toma de decisiones. Más luego, con la llegada del modelo “autorreferencial”, la persona en su individualidad pasa a cubrir el centro de la escena, introduciéndose derechos fundamentales tendientes a que la igualdad moral y jurídica se viera emparejada entre miembros de los distintos grupos sociales, entre los cuales no quedaron exceptuados los cónyuges.

Este cambio importó un alejamiento de los conceptos de inmunidad y de privilegio, anteriormente auspiciados por el modelo “paternalista”, dándose paso a un lugar de autorrealización y de crecimiento, en el que los roles fuesen, conforme al principio de autonomía familiar, más de acuerdo personal que de pautas culturales, donde el respeto luciera como la única forma de comportarse y en el que se tutelara y reconociera al consorte más como persona humana jurídicamente protegida que como tal.

Así la familia pierde sus connotaciones institucionales, ganando espacio la nueva idea de familia como comunidad, en la que los sujetos que la componen desarrollan sus personalidades libremente.

Se asiste entonces en el campo jurídico a una disminución de los deberes matrimoniales para dar lugar a mayores derechos que se proyectan sobre aspectos de la personalidad, a la vez que se desregularizan las motivaciones que generaron las separaciones, pero con una mayor patrimonialización de las consecuencias económicas.

En el camino propio del Derecho de Daños, no parece ser sólo una cuestión semántica que su denominación haya partido desde el de la Responsabilidad Civil hacia su actual título en el que prima con relevancia la figura del “daño”. Varió la antigua óptica de reproche del causante del menoscabo, con la idea de culpa entronizada, hacia un nuevo examen concreto de la situación en que ha quedado la víctima. Así, se pasa de un modelo en el que el operador del derecho se preocupaba en demasía por valorar la conducta del deudor hacia otro en que se relativiza aquella postura, debiendo indagarse si es justo que soporte el daño quien lo ha recibido.

En paralelo, existe un proceso de “constitucionalización” que alcanza al Derecho Privado en su integridad, sentándose en el nuevo Código Civil y Comercial la tan reclamada “comunidad de principios con la Constitución” que le otorga una merecida jerarquía al Derecho de Daños y genera la necesidad de una armonización con otros preceptos de igual rango.

Así, hoy en día nadie discute la habilidad del Derecho de Daños para impregnar el Derecho Privado, y en particular, el Derecho de Familia. Este fenómeno de penetración tan

resistido en sus orígenes se ha consolidado en las últimas décadas al emerger la protección de los derechos humanos de los miembros de la familia y al potenciarse la autonomía en la configuración de las relaciones conyugales y parentales (FAMÁ, 2015).

En las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca” se concluyó por unanimidad que *“El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de éstos con la especificidad de los vínculos familiares”*.⁴

En el contexto antes descripto se inserta en la legislación argentina el nuevo deber “moral” de fidelidad,⁵ como estándar de comportamiento adecuado al compromiso que asumen los esposos a través de libre consentimiento prestado para conformar el matrimonio.

La calificación efectuada por el legislador y las propias evoluciones de sendas ramas del derecho han vuelto a poner en tela de juicio el interrogante relativo a si su incumplimiento genera la responsabilidad civil de quien no observa tal regla y el consecuente deber de indemnizar al consorte dañado.

En la Comisión n° 3 de las referidas jornadas,⁶ han quedado sintetizadas las posturas de los ponentes en torno a la temática que se presenta.

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

No obstante ello, algunos de los ponentes señalaron que *“Excepcionalmente puede configurarse un abuso del derecho a la privacidad, o a la autonomía personal, cuando uno de los cónyuges entabla relaciones sexuales fuera del matrimonio con la exclusiva intención de dañar al otro. En tal supuesto la presencia de esa intención de dañar (y no simplemente de engañar) impide alegar la causa de justificación, y torna resarcible el daño resultante de la*

⁴ <https://jndcbahia Blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf>, consultado por última vez el 10/09/2018.

⁵ Artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶ *Idem* nota al pie n° 4.

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

Contra aquel despacho, la minoría arguyó que “*Con fundamento en el principio alterum non laedere (art. 19 de la Constitución Nacional) y lo establecido en los arts. 1, 2 y 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, la violación del deber de fidelidad, no obstante su carácter moral (art. 431), configura un obrar antijurídico (art. 1717) y un daño resarcible en los términos del art. 1737 del código citado”.*

IV. La situación en el derecho español

RODRÍGUEZ GUITIÁN (2003: 73) dice que la procedencia de la tutela aquiliana requiere la producción de un comportamiento que dañe derechos fundamentales o bienes de otro cónyuge considerados dignos de tutela por el ordenamiento “*siempre y cuando sea doloso*”. Entre los ejemplos de conductas conyugales potencialmente resarcibles la autora cita el contagio de enfermedades tras la infidelidad —por el daño a la salud—, la infidelidad a la que se le da publicidad (en los periódicos, y provoca las burlas y habladurías de vecinos) —por daño al honor—, y la infidelidad seguida de filiación extramatrimonial y ocultación de la verdad biológica de los hijos —por el daño a la integridad psíquica y el derecho al honor—.

También MARTIN CASALS Y RIBOT (2011: 178) mencionan la lesión del derecho al honor del otro, llevada a cabo a través de una conducta que provoque “*un sentimiento de humillación*” capaz de lesionar su dignidad, salvo la aplicación de las causas de exoneración y la concurrencia con otro derecho fundamental de equivalente o superior nivel de protección. Más en concreto, respecto de la consideración del comportamiento infiel como lesivo al honor del otro cónyuge los autores —a pesar de afirmar que se plantean problemas de delimitación y que la conducta adulterina por sí no persigue humillar y desmerecer al otro cónyuge en su dignidad como persona, que es el bien jurídico protegido por la ley—, dan un paso más, afirmando que “*si del contexto se desprende que el modo en que el otro cónyuge ejerce sus derechos es particularmente ofensivo para con el otro cónyuge y se demuestra que aquel perseguía infligir al esposo una afrenta, por ejemplo, porque se actuó de un modo cuyo propósito evidente era ridiculizar y humillarle, contribuyendo al desmerecimiento público de aquella persona y a su aislamiento social, tal conducta sí podría constituir la base de una acción de responsabilidad fundamentada en la vulneración al honor y de la intimidad*”.

Sin embargo, una parte de la doctrina entiende que los daños morales resarcibles por infracción de derechos fundamentales quedan desvinculados del incumplimiento de los

deberes conyugales. Así, FERRER RIBA considera indemnizables los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio, siempre que éstos constituyan derechos o intereses conceptualmente separables del interés en el mantenimiento del matrimonio y en respeto a sus reglas. En particular, excluye la acción de responsabilidad para los casos de violaciones de la relación matrimonial en el área de los derechos psíquicos o emocionales que subsiguen a violaciones graves de los deberes de fidelidad, respeto y ayuda mutua (2017: 179).

Veamos cómo se ven reflejadas estas posturas en la jurisprudencia española.

Los pronunciamientos fueron avanzando claramente hacia el requerimiento de la constatación de un deber de información, de incumbencia del cónyuge que mantiene paralelamente una relación extramatrimonial, sobre la paternidad del o los hijos que nazcan a partir de ese momento. Deber de información que, en rigor, moviéndose en el campo de la filiación, puede extenderse a quienes conviven sin estar casados (DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, 2017: 60).

El criterio de imputación se ha visto atenuado, dejando de exigirse dolo, para pasar a entender que es negligente quien no realiza las pruebas de paternidad correspondientes con el fin de averiguar la paternidad.

En un fallo del 22 de julio de 1999 el Tribunal Supremo español consideró que no era posible la aplicación del art. 1902 del Código Civil, pues no se apreciaba conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la demandada, al no parecer conocer que el hijo no era de su marido hasta que tuvo lugar la de impugnación.

La Audiencia Provincial de Valencia, en el pronunciamiento del 5 de Septiembre de 2007, confirmó la falta de indemnización por el mero incumplimiento de la infidelidad, exigiendo la procreación con ocultamiento al cónyuge y rebajando la indemnización atendiendo al escaso tiempo de convivencia.

Posteriormente el mismo tribunal, con fecha 13 de noviembre de 2014, en un caso en el que el marido conoció su propia esterilidad, no obstante lo cual ella quedó embarazada con la excusa de que fue por inseminación artificial (cuando el marido ningún consentimiento había prestado para la práctica de aquella técnica, ni surgía otra prueba al respecto). Consideró el tribunal que existió dolo en el engaño de la mujer al hacerle creer al marido que había sido por aquella vía.

En un supuesto análogo al anterior, la Audiencia Provincial de Jaén, el día 9 de marzo de 2015, estimó el daño por ocultación de la paternidad en el que se había revelado la verdad luego de la ruptura.

Con criterio disímil al que sustentaron los anteriores tribunales, la Audiencia Provincial de Barcelona (S.18ª), consideró el 16 de enero de 2007 que la relación simultánea con dos hombres debió hacer sospechar a la mujer que el hijo pudo no ser de su marido, valoración por otra parte lógica pues en los primeros diecisiete años de matrimonio no se había quedado embarazada. Valoró que la negligencia consistió en no hacerse pruebas correspondientes, teniendo especialmente en cuenta la generalización de su uso y facilidad de las mismas.

En igual sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz (s. 2ª), estableció el 3 de abril de 2008 que existió un incumplimiento cualificado del deber de fidelidad. Sostuvo que bastaba ya el mantenimiento de relaciones con dos personas al mismo tiempo y que desde un principio debió hacer lo necesario para determinar la paternidad, como cumplimiento de un deber de información, desdeñando el criterio de una culpabilidad reforzada.

Por otra parte, tampoco existiría posibilidad de reclamar daños si los esposos estaban separados, aunque lo fuera de hecho, pareciendo cesar ese deber de información, pues por definición no habrá ocultación de paternidad entre quienes rompieron la convivencia (excepto si continúan teniendo relaciones sexuales) (DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, 2017: 61).

Otro aspecto interesante se da en la jurisprudencia española cuando lo que se ocasiona es un daño al honor derivado de la infidelidad, seguida de la ocultación de la paternidad y por último un desprestigio a la persona humana. Sin duda, el comportamiento de la persona infiel y sus consecuencias se encuadrarían plenamente en “*el derecho a no ser escarnecido o humillado ante los demás*”;⁷ desembocando en un “*desmerecimiento en la consideración ajena*”.⁸

El caso se ventiló ante la Audiencia Provincial de Valencia y la resolución recayó el 2 de noviembre de 2004.

⁷ Palabras de las SSTC 85/1992 y 204/2001.

⁸ Términos de la STC 52/2002.

Según se describió en aquel fallo, de los cuatro hijos existentes del matrimonio, tres no eran del marido. El amante de la esposa, que lo fue durante años, estaba presente en las relaciones familiares, frecuentaba la casa, comía y cenaba allí, acudía a bañar a los niños, iba al hospital cuando ella daba a luz, y las madres de los dos sabían que era el padre de los tres niños. Tan clara era la situación que el amante de la esposa se lo comentó, entre otros, al vigilante de seguridad de su urbanización. Se habían casado en 1987, teniendo una hija en 1988. En 1994 habían pactado la separación de bienes, comenzando ella su relación con su amante, que era amigo de su hermano. Nacieron los tres niños en 1996, 1997, y 1999. El marido, persona reconocida, con un importante patrimonio y que estaba algo ausente del ámbito familiar, se enteró en el 2001 cuando le contó la situación una hija suya de un matrimonio anterior. En ese año firman un convenio regulador de separación y se divorcian en 2002. En octubre del 2002 le comunicaron los resultados de las pruebas, admitiendo ella en un documento la no paternidad de quien era su esposo y la paternidad del amante.

La demanda se dirigió contra ambos por daño moral por pérdida de tres hijos (estimándose superior a muerte violenta), daño moral por secuelas y daño físico, deterioro de su fama, honorabilidad y prestigio, y daño patrimonial por gastos de prueba de paternidad.

La audiencia admitió la demanda y consideró dolosa la ocultación de la paternidad, utilizando, de contrario, el argumento del TS de 1999 de negar la indemnización por falta de dolo habiéndose demostrado que los demandados, desde el principio, sabían que los hijos no eran del marido aduciendo que “*en ese actuar constante radica el dolo*”. Efectuó un aumento del monto indemnizatorio teniendo en cuenta que los padecimientos no podían imputarse sólo al descubrimiento de su paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa.

Aun en los casos que vengo citando, lo cierto parece ser que el derecho matrimonial debe quedar desplazado, habida cuenta que los cónyuges no son convocados al proceso como tales, ni tampoco como ex-esposos, sino como *víctima* y *victimario*; vale decir, sin importar si actor y demandado estuvieron ligados o no por un vínculo matrimonial (MIZRAHI, 2017).

En efecto, en lo que hace estrictamente al daño moral ocasionado por la infidelidad, los primeros precedentes del Tribunal Superior explícitos en la materia⁹ consideraron que no era susceptible de reparación económica alguna aquella infracción, siendo la única

⁹ Desde el 22 de julio de 1999 hasta el 30 de julio de 1999.

consecuencia jurídica contemplada por la legislación la de ser causa de separación. Se sostiene que permitir la indemnización significaría que cualquier alteración de la convivencia fuese resarcible (DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, 2017: 44).

Esta postura merece sus objeciones, que veremos seguidamente.

V. Argumentos y contra-argumentos jurídicos-interpretativos, conceptuales y normativos que sustentan la tesis de la resarcibilidad de los daños con causa en la infidelidad

V.A. El daño sufrido injustamente debe ser reparado

He dicho ya que el actual Derecho de Daños pone especial foco de atención en el daño injustamente sufrido por una víctima. No debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del derecho, el *næminen lædere* (ZANNONI, 1983: 71).

Cabe destacar que la indemnización del ilícito endo-familiar no asume en este ámbito el carácter sancionador sino que, la función resarcitoria frente a comportamientos que constituyen, más que meras violaciones del derecho de fidelidad, un verdadero “abuso” del derecho a auto-determinarse (PAGNAROS, 2008: 126).

Es interesante reconocer que la inexigibilidad jurídica del axioma de la fidelidad impediría al cónyuge afectado cobijarse o ampararse en aquella transgresión o agravio que le es sobreviniente. De tal forma, el Estado, que se proclama pluralista en una concepción moderna del matrimonio, no reconoce por igual a todos los proyectos de vida; toda vez que aquel que quisiere resguardarse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien se antoje en incurrir en aquella peculiar licencia no merecerá reproches civiles, ni expiará secuelas económicas. Se consagra —como se deduce— un derecho al daño matrimonial, vulnerando el atávico y clásico principio latino “*honeste vivere, suum cuique tribuere*”, regulando un nuevo o neófito modelo de familia.¹⁰

Parece también relevante que la familia o la autonomía personal no pueden constituir un ámbito de compresión de los derechos irrenunciables (MARIN GARCIA DE

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de General Pico, La Pampa, “T. c/ C. s/ divorcio vincular”, 14/12/2016.

LEONARDO, 2004: 178). Pues nadie pierde sus derechos personalísimos por el solo hecho de contraer matrimonio.

V.B. Validez argumental del juicio de reproche sobre quien causó el daño

Ya desde la óptica de quien ha causado el daño, debe considerarse que la falta de sanciones por la violación de los deberes que nacen del matrimonio puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte de uno de los cónyuges hacia el otro. No resulta en absoluto razonable que ambos esposos tengan algo así como “piedra libre” al respecto o, si se quiere, una especie de *bill* de indemnidad en cuanto a su conducta anti-matrimonial, que muchas veces puede ser de una gravedad extrema. Por supuesto que conductas de esa especie no pueden ampararse en la libertad y la autonomía de la persona, debiendo aquellas tener una consecuencia negativa para el esposo que así actúa, ya que de otra manera se estaría fundando un inexistente derecho de causar un daño al otro esposo, violándose de tal manera sin pena alguna las normas legales vigentes en materia de responsabilidad (SAMBRIZZI, 2015).

La eliminación de sanciones por conducta y la invocación de la autonomía de la voluntad no implican ya la introducción de un individualismo, sino del más crudo egoísmo (BELLUSCIO, 2012).

V.C. La confianza es un valor en la pareja que no puede ser violado sin que importe resarcir el daño

Además, debe tenerse presente el contexto vincular en el que se introduce el comportamiento del infiel.

El vínculo matrimonial, en el que la confianza es un valor central, importa que las personas que componen esa especial unión se encuentren a su vez en una situación de vulnerabilidad frente a la inobservancia de los deberes matrimoniales por parte del otro consorte que merece la mayor tutela.

De hecho así lo entiende el Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1725 al establecer que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares para la valoración de la conducta del ofensor.

Ninguna duda cabe respecto de que el daño se hallará agravado cuando se produce bajo el entorno familiar. La mencionada infracción a la confianza, puesta de manifiesto a

través de la inconducta al deber marital de fidelidad, debe proyectar la posibilidad de realizar un juicio de reproche.

V.D. El incumplimiento del deber de fidelidad importa inobservar la buena fe

La buena fe en el ejercicio de los derechos es hoy un principio general del derecho inserto en el ordenamiento jurídico¹¹ y dificultoso sería aceptar en una pareja que ha acordado tácita o explícitamente la fidelidad, un obrar contrario a dicha pauta de conducta.

V.E. La infracción al deber de fidelidad es antijurídica

Es común observar criterios que sostienen que la infracción al precitado deber no es antijurídica.

La nueva responsabilidad civil contiene composición diferente a la anterior, y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta (*alterum non laedere*)¹² que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño (BURGUEÑO IBARGUREN, 2015).

Es decir que aspectado desde la acción y consecuencia, es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté justificado, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).

El “*alterum non laedere*” (o deber de no dañar a otros), al que la Corte Suprema a partir del precedente “Santa Coloma” le ha asignado jerarquía constitucional (art. 19, Constitución Nacional)¹³, es un principio madre.

En esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema. Así, el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que “*si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato neminem laedere*” (URBIA, 2015: 30).

¹¹ Artículo 9 del Código Civil y Comercial: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

¹² Artículo 1717 del Código Civil y Comercial: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

¹³ Fallos, 308:1160.

V.F. Las normas del derecho de familia no reparan el daño causado

Por otro lado, debe valorarse que *“las normas de derecho de familia tienen consecuencias indirectas para el incumplimiento de los deberes familiares, como por ejemplo la exclusión hereditaria conyugal para el cónyuge que viola el deber de convivencia, o la indignidad o revocación de donaciones por las conductas repudiables y ofensivas de un cónyuge al otro. Estos efectos indirectos no reparan el daño injustamente causado, por lo cual no son suficientes para la víctima”* (MEDINA, 2017).

V.G. Inexistencia de norma expresa que impida la reparación del daño causado por violación al deber de fidelidad

También, *“cuando el ordenamiento jurídico no quiere aplicar los principios generales de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares o cuasi familiares, lo dispone específicamente como en la responsabilidad por ruptura intempestiva de los esponsales. Cuando la letra de la ley nada dice corresponde aplicar las normas de la responsabilidad a todas las ramas del derecho privado, de la cual el derecho de familia es una parte, que sólo se exime de su aplicación por disposiciones especiales como las contenidas en el artículo 401 del Código Civil y Comercial”*¹⁴ (MEDINA, 2017).

V.H. La libertad sexual en el matrimonio se encuentra limitada por la autonomía de la voluntad

Se ha señalado que la violación del deber de fidelidad constituye el ejercicio de un derecho de libertad y por eso no puede conllevar un daño que pueda considerarse injusto.¹⁵

Desde esta óptica, la libertad sexual de los consortes constituiría un ejercicio regular de un derecho que justificaría ya la producción del daño y obstaría a la procedencia de las acciones reclamatorias.

Pero la libertad sexual bien puede colisionar con lo que los consortes puedan pactar en contrario. Se trata de una cuestión de tensión entre principios.

¹⁴ Artículo 401 del Código Civil y Comercial: *“Esponsales: Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera”*.

¹⁵ Tribunal de Monza, Italia del 15 de marzo de 1997.

Todo principio tiene un carácter *prima facie*, presentando razones que pueden ser atenuadas o incluso desplazadas por otras razones emanadas de otro valor (LORENZETTI, 2016: 272).

Veamos lo que sucede cuando se interrelacionan dos principios como el de la libertad sexual y la autonomía de la voluntad durante el matrimonio.

No obstante la ley establezca cómo moralmente deben conducirse los consortes en su vínculo, por medio del ejercicio de su plena libertad éstos podrán determinar qué conductas consideren adecuadas al proyecto de vida escogido, lo que en definitiva determinará las expectativas razonables que cada uno pueda llegar a tener, como así también la factibilidad del juicio de reproche realizable al infiel.

Así, cuando los consortes acuerden una vida sin ataduras sexuales, no habría límites para la expansión de tal actividad. Tal supuesto sí quedaría contenido en el principio de reserva y no importaría en modo alguno inobservar la lealtad debida en la relación marital.

De esta forma, bajo las nuevas pautas culturales, se torna anacrónico consideraciones tales como que “*la legislación no puede autorizar que mediante el principio de la autonomía de la voluntad se altere el régimen del matrimonio civil en el que está interesado el orden público*”.¹⁶

Pero cuando nada pacten, cobra vigor como principio general el de la fidelidad, contenido en la fórmula legal tantas veces repetida en los matrimonios civiles.

Aunque el nuevo carácter axiológico ponga alguna duda al respecto, suele haber conductas tácitas en la vida matrimonial que legitiman y obligan a un comportamiento de exclusividad sexual que no pueden ser desconocidas por el operador del derecho. Y aunque también sería cuestionable el valor jurídico de estos pactos internos, no puede desconocerse el valor que la moral posee para limitar derechos, ni la especial influencia que ésta ejerce en los principios del Derecho de Familia.

Imponer un deber de exclusividad sexual a quien se ha comprometido a ello no vulnera su autonomía más de lo que obligar a cumplir una promesa vulnera la autonomía de quien prometió. No parece que haya nada extraño, ni violatorio de la autonomía, en

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 321:92.

reconocer consecuencias jurídicas al incumplimiento del deber de fidelidad libremente asumido (PAPAYANNIS, 2017: 75).

Además, ningún obstáculo se impone al libre desarrollo de la personalidad que lleva ínsito el derecho a la libertad sexual como idea de nuevas experiencias afectivas, puesto que en la actualidad la mera invocación de la voluntad de finiquitar el vínculo matrimonial es suficiente para ponerle fin a éste.

V.I. La situación no queda enmarcada en el principio de reserva

Se sostiene que el principio de reserva impone un escollo a la procedencia de la resarcibilidad del daño causado por el adulterio. Es decir que este deber matrimonial de fidelidad quedaba contenido en el principio de reserva y como tal exento de la autoridad de los magistrados.¹⁷

Debe considerarse que en tanto la modalidad de la intimidad resulte de un plan de vida aceptado por dos adultos,¹⁸ quienes no ocasionen daños, ni lesionen otros derechos, es cierto que no se debe permitir la intromisión estatal: cada persona tiene un ámbito o esfera de desarrollo de su plan de vida, que no puede ser interferido o desconocido por el Estado y los particulares.

Empero, si no hay un pacto en tal sentido cobra relevancia el único límite que es la consumación de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de otras personas —a quienes el Derecho de Daños considera víctimas (o “terceros” en los términos del texto constitucional)— (GIL DOMÍNGUEZ, 2003).

¹⁷ Artículo 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

¹⁸ Artículo 1720 del Código Civil y Comercial. “Consentimiento del damnificado: Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

V.J. El contenido ético de los deberes matrimoniales no le quita valor jurídico a la fidelidad

Otra de las defensas blandidas fue que el nuevo valor axiológico del deber de fidelidad tornaba en nula cualquier consecuencia jurídica que se pretendiere endilgarle.

En el régimen legal anterior, la violación de la fidelidad en tanto deber jurídico podía dar lugar a la reparación de daños y perjuicios. Actualmente el único derecho-deber moral que se deriva del matrimonio es el de fidelidad, por lo que se ha dicho que *“en el régimen ahora vigente la violación o incumplimiento de éste no trae consigo una determinada sanción civil”* (HERRERA, 2015: 679).

Cabe tener presente que existen dos escuelas al respecto: i) la escuela Exegética Francesa, inspirada en el Código Civil francés, la que originó la tesis de que éstos —los derechos-deberes morales— son auténticos deberes jurídicos, y ii) la tesis contraria, según la cual estamos frente a deberes morales y por tanto incoercibles, defendida por la escuela Histórica, que entendía que la fidelidad o el respeto se imponían por la costumbre y no por la ley (ARIANNA, 2017).

De modo que endosar al deber moral alcances jurídicos parece —en principio— una cuestión de posiciones en el ámbito iusfilosófico.

El nuevo Código Civil y Comercial incluye numerosas menciones de la “moral”. Entiendo que pocos dudarían en asignarle consecuencias jurídicas a varios de esos pasajes.

Para el caso la moral puede invalidar contratos (art. 1004 del Código Civil y Comercial) o traducir en abusivo el ejercicio de derechos (art. 10 del Código Civil y Comercial), u oponerse, juntamente con las buenas costumbres, a un acto jurídico (art. 279 del Código Civil y Comercial).

Sumado a lo antedicho, es absolutamente relevante destacar que es norma positiva (art. 1737 del Código Civil y Comercial) que el daño indemnizable no se deduce únicamente de la violación de un deber jurídico, sino que la violación a cualquier interés legítimo no reprobado por el ordenamiento jurídico, bien puede generarlo.

Los modernos autores italianos, no dudan en señalar que el daño sólo puede definirse —en sentido jurídico— a partir de la lesión de intereses humanos. Asimismo, manifiestan que, son pasibles de ser resarcidos tanto los intereses eficaces (aquellos subsumidos en la estructura interna de una situación jurídica específica reconocida

expresamente por el ordenamiento jurídico), como así también los intereses relevantes (aquellos que resultan ser dignos de tutela jurídica, sin ser sustrato de derechos subjetivos). Esta concepción que centra la protección jurídica en la lesión a un interés, según nuestro parecer, permite ampliar las fronteras del daño y es perfectamente compatible con el fenómeno de la atipicidad del acto ilícito civil, que impera en el actual Derecho de Daños (CALVO COSTA, 2015).

Estos intereses relevantes son todo lo permitido por el derecho, que compone la realidad existencial de la persona y que le proporciona una satisfacción, beneficio, disfrute o provecho, en sentido amplio y no sólo económico.¹⁹

No sólo el deber moral de fidelidad no se encuentra excluido del plexo normativo, sino que por el contrario se halla explícitamente consagrado, por lo que bajo el entendimiento propuesto es posible colegir que resulta un interés digno de tutela.

Por otro lado, es cierto que este tipo de deberes tiene una naturaleza especial: su carácter moral se explica si se atiende al contenido del Derecho de Familia, pues en este caso, al igual que en otros, el derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Por supuesto que son de naturaleza personalísima y entran en la esfera de libertad de cada cónyuge y de cada progenitor, por ello hay una imposibilidad práctica de su imposición coactiva directa por parte del Estado. Pero el hecho de que no sea posible su coerción directa no les priva de su juridicidad; son obligaciones jurídicas y el familiar obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto, al menos como posibilidad inicial, al resarcimiento de los daños que cause. Son obligaciones legales sin carácter patrimonial pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y, a veces, consecuencias económicas (RODRÍGUEZ GUITAN, 2009: 83).

De esta forma, creo que es posible concluir en que en el caso lo jurídico no se agota en lo legal.

V.K. El Derecho Privado comprensivo del Derecho de Familia

Otros doctrinarios refieren que la autosuficiencia de las reglas del Derecho de Familia a la hora de dar solución a conflictos internos se presenta como un valladar para

¹⁹ Todo puede subsumirse en la noción de interés, sin que sea estrictamente necesario mencionar al derecho e interés legítimo (CALVO COSTA, 2015).

permitir el ingreso del Derecho de Daños a aquella esfera y que el silencio reinante en el texto codificado es, en tal sentido, confirmador de esa postura.

Dudo que el Derecho de Familia pretenda elucidar todas las problemáticas que encierra su rama, pero además el Derecho se nutre constantemente de teorías y principios generales, y sabido es que el Derecho Civil no sólo es supletorio, sino que —como sostuviera en el introito a este trabajo—, hoy posee visos de jerarquía constitucional supralegal.

Además, a la luz de la evolución jurisprudencial en materia de daño a la persona y de la creciente valorización de la persona al interior del núcleo familiar, el principio de la compensación de una lesión a un interés digno de protección, también debe encontrar reconocimiento dentro de las relaciones familiares (ZAMBRANO, 2016: 397).

Agregaré que debe tenerse en cuenta que el legislador ha optado por mantener el Derecho de Familia dentro del Código Civil y Comercial argentino, siguiendo una tradición patria y apartándose de la manera de legislar de algunos países latinoamericanos como El Salvador que legislan sobre el Derecho de Familia en un Código aparte. En este aspecto es esclarecedor lo dicho por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien fue uno de los miembros de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial cuando afirma: *“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”*. El hecho de que el Derecho de Familia se mantenga dentro del Código Civil y Comercial es trascendente para dar respuesta al interrogante relativo a si se aplican las normas de la responsabilidad civil en las relaciones de familia (MEDINA, 2017).

V.L. De acuerdo al derecho positivo, no es posible alegar el error en la elección del cónyuge infiel

Se menciona como obstáculo a la indemnización el error de elección de la persona del otro cónyuge, como si ello implicara el deber de asumir los riesgos del caso.

Se sostuvo que *“Se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido —exigencia fundamental— con todo lo que ello implica. Si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente*

*sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarse a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos”.*²⁰

Pero debo recordar que desde la óptica del art. 1719 del Código Civil y Comercial, la exposición voluntaria por parte de una persona a una “situación de peligro” por la elección errada de una pareja, no justifica el hecho dañoso, ni puede eximir de responsabilidad al causante del daño.

V.M. La invalidez de los fundamentos del Anteproyecto como argumento jurídico-interpretativo

Aunque también se arguye que la voluntad del legislador, plasmada en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, era la de excluir este tipo de daños de la responsabilidad civil, aquello no puede servir para convalidar los daños que se le ocasionen a la víctima de la infidelidad.

Señalaron los autores del anteproyecto que “*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*”.²¹

Sostienen los autores que avalan esta postura (KEMELMAJER DE CARLUCCI; HERRERA; LLOVERAS) que la excepción puede darse cuando la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil y no por violación de un deber matrimonial. Por ejemplo, la reparación por daños por la realización de actos intencionados que afecten el honor o la intimidad del otro cónyuge (2017: 255). En otras palabras, “*si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro tendrá éste la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé, excepto los derivados de la condición de ‘culpable’ al no existir ya dicha categorización*” (SOLARI, 2012: 539).

No obstante la pertinencia de aquellos supuestos, la manifestación vertida en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, al igual que en las notas de

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, fallo 32.184, 29/4/88.

²¹ Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Vélez Sarsfield en el Código Civil, no son fuente, ni criterio exclusivo y principal de interpretación (BURGUEÑO IBARGUREN, 2015).

Además debe valorarse que cuando éstos fueron escritos, los deberes derivados del matrimonio eran menos que los que el Código Civil y Comercial incluyó, porque el deber de fidelidad no estaba expresamente contemplado (MEDINA, 2017).

De esta manera, no corresponde endilgarle valores absolutos y plenos a las consideraciones plasmadas por los proyectistas.

V.N. Juzgar la conducta del infiel no importa volver a un sistema de divorcio o separación causal

Por otro lado, algunos autores sostienen que abrir la puerta a que estos temas se contiendan en procesos judiciales significaría dar lugar al viejo sistema causal de separación y divorcio, en los que se ha desterrado la noción de reproche como culpa, ilicitud e incumplimientos, elementos básicos para la reparación.

Aunque como veremos, estimo que éste es un valioso argumento para limitar la procedencia de la acción resarcitoria, no es así para excluirla. Pues debe considerarse que el divorcio, por un lado, y la responsabilidad civil, por el otro, se mueven en planos disímiles, como viéramos, no incompatibles.

En un caso se trata de resolver la crisis matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges. No se aprecia cómo la responsabilidad civil podría socavar los objetivos del sistema de divorcio incausado. El fin perseguido por el sistema de divorcio incausado fue la celeridad y la no litigiosidad. La eventual demanda de responsabilidad no retrasa o entorpece la disolución del vínculo matrimonial, tampoco hace que el trámite sea más conflictivo, porque el divorcio puede ser solicitado de manera unilateral (PAPAYANNIS, 2017: 70).

Inclusive podría pensarse que la supresión de las causas de separación y divorcio, con el establecimiento de una ruptura a-casual, es un argumento decisivo para la entrada al derecho de daños en el ámbito de las relaciones matrimoniales.

VI. Límites para la procedencia de la acción

Entiendo que los fundamentos ensayados habilitan *prima facie* la tutela resarcitoria.

Pero sin pretender someter el supuesto de la infidelidad a algún tipo de filtro carente de razonabilidad, enunciaré los motivos por los cuales la acción podría encontrar límites concretos.

En primer lugar lo que las disciplinas humanas y sociales pregonan sobre el tema: en concreto, por la especial dificultad que representa la determinación de la culpa en las relaciones conyugales.

Como dijo KIPER:²² *“Pensar en términos de culpabilidad es improductivo y sólo contribuye a retroalimentar el circuito de las ofensas entre los esposos, escalando el conflicto familiar y engendrando un círculo vicioso de recriminaciones, que obsta a la posibilidad de analizar este tipo de fenómenos desde una multicausalidad, más adecuada a la realidad funcional de la familia”*. Ya sostenía BORDA (1992: 813) que *“debajo de la superficie, oculta a los ojos del juez, no expresada (y no expresable) en las fojas del expediente, está la gran masa de pequeños hechos que son la verdadera causa (...). Nada de eso podrá ser apreciado ni valorado por el juez”*.

En segundo lugar, la prevalencia que debe dársele a soluciones armónicas cuando el entorno en que se inserta el conflicto pueda alcanzar a la totalidad del grupo familiar, incluyendo a personas menores de edad, o cuando el desgaste emocional al que se sometería a las partes resultaría improductivo.²³

Recordemos que en los procesos de familia los principios procesales se flexibilizan. La intervención de la justicia debe perseguir pacificar al grupo y restablecer el equilibrio familiar impactado por la conflictiva o al menos lograr un nuevo equilibrio (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2015: 109).

En los fundamentos del Anteproyecto se dice que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los

²² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, “G., G.G v. B de G., S. M.”, 20/09/1994, La Ley 1994-E, 538; JA, 1994-IV, 549; DJ, 1994-2-1171.

²³ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial: *“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”*.

cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso”. Por ello, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial (KRASNOW, 2015: 389).

Tales argumentos resultan, a mi modo de ver, irrefutables, pero no son suficientes para excluir una justa tutela reparatoria.

A estas alturas, entonces, cabe indagar en qué presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra el coto necesario que brinde una solución adecuada al complejo teórico que se nos presenta. Se podría hallar la respuesta en el factor de atribución.

Aunque algunos autores sostengan que no puede avalarse con un estricto criterio jurídico la discriminación entre hechos de mayor o menor importancia para resolver acerca de la factibilidad de la acción indemnizatoria por no existir en el derecho positivo distinción alguna al respecto (MIZRAHI: 2006, 786), otros juristas ponen el acento en la gravedad de la culpa para determinar la admisibilidad de las acciones como las estudiadas (CIFUENTES: 1990); opinión esta que encontraba apoyatura en la tradición argentina en la materia de Derecho de Familia, y que luego quedó plasmada en el proyecto de Código Civil de 1998.²⁴ Aun hoy ciertos doctrinarios mantienen dicha postura al revisar la temática aquí planteada (JALIL: 2017).

No se niega la falta de recepción legal de criterios que efectúen una distinción sobre dicha cuestión, más tampoco pueden desconocerse la validez que ostentan como fuente de derecho los criterios doctrinales.

También debe contemplarse lo que dejan entrever otros autores: que en el supuesto aquí examinado no tendría razón de ser la distinción entre los distintos grados de imputabilidad (culpa grave o dolo). Se señala que nadie adultera por descuido (culpa) y que —teniendo en cuenta una noción moderna del dolo que prescinde del *animus nocendi*— todas las conductas entrarían en tal concepto (CORRAL TALCIANI, 2018).

Ahora bien, pareciera que la razón por la cual se imputa responsabilidad debiera adquirir ribetes particulares en la materia, exigiéndose entender si existió o no una conducta deliberadamente despreocupada hacia los intereses del otro consorte.

²⁴ Artículo 1686 del proyecto de Código Civil de 1998: “Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia. (...)”.

Así es que se argumenta que para que exista, en el marco propuesto, deber de indemnizar debe existir un “*fuerte desprecio del bienestar ajeno*” (PAPAYANNIS, 2017: 85).

Se ilustra fácticamente con supuestos en los que la acción procedería alegándose que las circunstancias en las que “*la pareja es sistemáticamente infiel, o directamente lleva una doble vida con otra pareja estable, o tiene hijos con otra persona y lo oculta (...) podemos acordar que son especialmente graves*” (PAPAYANNIS, 2017: 84).

Por el contrario, Calatayud²⁵ alega que no merecería amparo jurisdiccional el cónyuge ofendido cuando la violación al deber de fidelidad se comete con el recato propio de la intimidad.

Ha receptado estos criterios el Tribunal de Milán, en sus sentencias del 4 de junio y 22 de noviembre de 2002 en las que se resolvió que el daño resarcible es el que proviene de la violación grave o reiterada, descartando meras situaciones de crisis conyugal o nimiedades, rechazándose la pretensión indemnizatoria de daños morales demandada por un cónyuge en contra del otro basada en su infidelidad conyugal, al carecer el hecho ilícito de la suficiente gravedad específica, al ser “*un acto de infidelidad ordinaria, al haber mantenido clandestinamente u ocultada al marido y a los hijos*” (VARGAS ARAVENA, 2009: 241).

Por otra parte, sin duda el daño es el elemento clave, indispensable para que las normas de la responsabilidad civil puedan tener aplicación en el escenario que nos ocupa; si no se acredita la existencia de un daño ilícito, antijurídico e imputable, patrimonial o extrapatrimonial, por mucho que exista un incumplimiento grave o reiterado, ya sea por acción u omisión de los deberes conyugales, no habrá qué justifique el empleo de las normas de la responsabilidad civil, como reiteradamente ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia, debiendo quien demanda probar la existencia y extensión del mismo (VARGAS ARAVENA, 2009: 242).

Desde la perspectiva del daño se sostuvo que “*La mera infracción del deber de fidelidad no basta para configurar el ilícito a resarcir; deberá además constatarse la lesión, derivada de la violación del deber de fidelidad, de un derecho constitucionalmente protegido y deberá, por cierto, probarse el nexo de causalidad entre la violación y el daño, que para ser a dicho fin relevante no podrá consistir en el sólo sufrimiento síquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva*” (FUEYO LANERI, 2012).

²⁵ Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 20/09/1994, ya citado.

Será necesario entonces que “*se demuestre que la infidelidad, por sus modalidades y en relación a la especificidad del caso, haya dado lugar a la lesión de la salud del cónyuge o donde ella, por sus modalidades, haya implicado comportamientos específicamente lesivos a la dignidad de la persona*” (FUEYO LANERI, 2012).

Conforme a la legislación actual el simple hecho de la infidelidad por sí sola no genera “*in re ipsa*” un daño moral, ni tampoco se lo presume, sino que el interés lesionado debe configurarse de manera relevante para poder indemnizar, por lo cual el daño debe verificarse a través de las pruebas producidas²⁶. Es que si el cónyuge afectado por el adulterio del otro no tiene ningún afecto por él y le tiene sin cuidado lo que haga con su vida sentimental, es probable que aunque haya una acción antijurídica ella no dé lugar a indemnización (CORRAL TALCIANI, 2018).

En conclusión, la idea de incumplimiento al deber de fidelidad debe importar no sólo una reiterada o grave ofensa al bienestar del otro consorte, sino también una conducta que ocasione un daño relevante en uno de sus derechos personalísimos que merezcan tutela judicial.

De este modo, habilitar limitadamente los supuestos en los que el ser infiel importaría la admisibilidad de una pretensión resarcitoria, evitaría la contienda por la simple venganza y el juzgamiento de hechos íntimos de dificultosa valoración, permitiendo rebasar el examen de las meras culpas en la relación marital que quedarían bajo un manto de neutralidad jurídica.

VII. Conclusiones

1. De todos los deberes matrimoniales, el que mayor atención recibe por los recientes cambios legales y culturales parecería ser el de la fidelidad.
2. La conceptualización de la fidelidad se ha visto re-significada, mutando de lo que tradicionalmente se consideraba como unión de cuerpos y almas, a un deber más cercano a la lealtad, comprensivo de la atención espiritual y física del otro consorte. Esta nueva concepción no puede escapar a la hora de la reflexión; por el contrario, sirve de eje para determinar objetivamente qué infracción se estaría tratando.

²⁶ Disidencia del Dr. Rodolfo Rodríguez, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de General Pico, La Pampa, “T. c/ C. s/ divorcio vincular”, eDial.com, AA9CC8.

3. Entran en juego dos ramas del Derecho que si bien diferenciadas, al hablar de infidelidad como acción que obliga a resarcir un daño se superponen, para dar lugar a una dificultosa coexistencia.

4. Hoy en día en el modelo de familia “autorreferencial” el respeto luce como la única forma de comportarse, y se reconoce y realza en el consorte su calidad de persona humana. Este cambio importó un alejamiento del concepto de inmunidad.

5. En paralelo, varía la antigua óptica de reproche del causante del menoscabo, con la idea de culpa entronizada, hacia un nuevo examen concreto de la situación en que ha quedado la víctima. Existe un proceso de “constitucionalización” del Derecho Privado que alcanza al Derecho de Daños dándole jerarquía superior.

6. En ese contexto es que se inserta en la legislación argentina el nuevo deber específicamente “moral” de fidelidad; caracterización que llevó a profundizar el debate que ya existía en su entorno y particularmente en lo que hace a la materia de los daños.

7. Desde la óptica de la víctima el daño sufrido injustamente es suficiente para reparar el perjuicio.

8. La confianza que se tienen los consortes, que paradójicamente los deja en situaciones de vulnerabilidad frente a posibles inobservancias de débitos matrimoniales del otro cónyuge, es un valor que debe tenerse en cuenta para admitir el resarcimiento, habida cuenta que no solo agrava el daño sino que también habilita el juicio de reproche.

9. No sancionar al cónyuge infiel podría significar la adopción sistemática de conductas despreocupadas, seriamente lesivas a la posición del otro consorte.

10. En este contexto, también la falta de cumplimiento de este deber importa inobservar un principio general del derecho como lo es la buena fe.

11. Desde el foco del principio *alterum non leadare*, aspectado desde la acción del cónyuge infiel y su consecuencia de daño injusto, existe la antijuricidad que colma aquel presupuesto de la teoría de la responsabilidad civil.

12. Las sanciones familiares contienen efectos indirectos que no reparan el daño injustamente causado.

13. No existe norma concreta que obstaculice la reparación del daño por la infracción al deber de fidelidad.

14. La libertad sexual, muchas veces citada como factor justificante del daño por resultar ser un ejercicio regular de un derecho, se encuentra limitada cuando las parejas libremente contraen matrimonio. No obstante, es tan importante la autonomía de quien pacta libremente la fidelidad como la de aquellos que optan por excluir la exclusividad sexual de su vida matrimonial.

15. El principio de reserva contenido en la Constitución Nacional no resulta aplicable cuando la persona que se ve “perjudicada” en términos del texto constitucional es un “tercero”, conocido en el Derecho de Daños como la “víctima” de un hecho dañoso.

16. Además de que endilgarle consecuencias jurídicas a un deber moral dependa de la posición ius-filosofica en la que uno se sitúe, el daño indemnizable no se deduce únicamente de un deber jurídico, sino que la violación a cualquier interés legítimo no reprobado por el ordenamiento puede generarlo y el deber de fidelidad se encuentra expresamente consagrado en el Código de fondo.

17. El derecho de familia no busca solucionar todos los problemas que encierra su rama y el Derecho Civil es supletorio y tiene en la actualidad jerarquía supralegal.

18. Tampoco puede ser un argumento válido la existencia de un error de elección por parte de la víctima de la infidelidad, pues la exposición voluntaria a un riesgo no justifica el daño, ni exime de responsabilidad.

19. La voluntad del legislador plasmada en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, en el que explícitamente se separa lo relativo al vínculo matrimonial del Derecho de Daños no es fuente, ni puede ser criterio exclusivo de interpretación.

20. El divorcio y la responsabilidad civil se mueven en planos disímiles, no incompatibles.

21. Para que exista el deber de indemnizar tiene que existir un fuerte desprecio al bienestar ajeno que sólo se da en casos y bajo circunstancias especialmente graves y dolorosas.

22. Los límites para ser exhaustivo en la apreciación de la conducta pueden encontrarse en la relatividad de la noción de la culpa y en la prevalencia de la búsqueda de soluciones armoniosas en el ámbito intrafamiliar.

23. A su vez la mera infracción del deber de fidelidad no basta para configurar el ilícito a resarcir; deberá además constatarse la lesión, derivada de la violación del deber de fidelidad, de un derecho constitucionalmente protegido y deberá, por cierto, probarse el nexo de causalidad entre la violación y el daño, que para ser a dicho fin relevante no podrá consistir en el sólo sufrimiento psíquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva.

24. Entonces la idea de incumplimiento al deber de fidelidad debe importar no sólo una reiterada o grave ofensa al bienestar del otro consorte, sino también una conducta que ocasione un daño relevante en uno de sus derechos personalísimos que merezcan tutela judicial.

25. De este modo, con visión integral del ordenamiento jurídico y con respeto de las reglas de fuentes y de interpretación del Código Civil y Comercial, no hay imposibilidad legal para aplicar la responsabilidad civil al ámbito matrimonial en lo que hace a la infracción del deber de fidelidad.

Bibliografía

ARIANNA, C. A. (2017) “Infidelidad y daños”, *La Ley online*, cita online: AP/DOC/530/2017.

BAUMAN, Z. y DASSAL, G. (2014) *El retorno del péndulo. Sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica Argentina.

BELLUSCIO, A. C. (2012) “El matrimonio en el proyecto de reformas”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Proyecto de Código Civil y Comercial - I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, tomo 2, pp. 313-327.

BORDA, G. (1992) “Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”, en *ED* 147-813.

— (2016) comentario al art. 431, en ALTERINI, J. H. (dir.) y ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires, La Ley, tomo III, pp. 165-207.

BURGUEÑO IBARGUREN, M. G. (2015) “Indemnización del daño moral causado a la pareja”, ponencia presentada en la Comisión n°3: “Daños derivados de las relaciones de familia” en XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca.

CALVO COSTA, C. A. (2015) “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, *La Ley online*, cita online: AR/DOC/555/2015.

CIFUENTES, S. (1990) “El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial”, *LL* 1990-B-808.

CORRAL TALCIANI, H. (2018) “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad en el derecho civil chileno”, *La Ley online*, cita online: AR/DOC/830/2018.

ECHEVERRÍA DE RADA, T. (2015) “Responsabilidad civil por infidelidad conyugal”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, número 8, octubre 2015.

FAMÁ, M. V. (2015) “Los daños y perjuicios derivados del divorcio en el sistema incausado propuesto por el Código Civil y Comercial”, *La Ley online*, cita online: AR/DOC/3179/2015.

FERRER RIBA, J. (2017) “Relaciones familiares y límites” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, num. 4/2001, en MAZZILLI, Elisabetta, *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Aranzadi, 2017.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2014) “El Daño moral”, *LL* 2014-D-902.

FUEYO LANERI, F. (2012) “Daño moral por adulterio. Corte Suprema de Casación N° 18853/2011”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, número 19, diciembre 2012, pp. 195-202.

DE AMUNTAEGUI RODRIGUEZ, C., en GARCÍA AMADO, J. A. (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones de familia*, Barcelona, Bosch, 2017.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (2003) “Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda”, *LL* 2003-E-501.

HERRERA, M. (2015) comentario al art. 431 en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, tomo II, pp. 674-687.

HERNÁNDEZ, L. B. (2014) “El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, número 10, noviembre de 2014, pp. 34-47.

JALIL, J. E. (2017) “El deber moral de fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda”, *La Ley online*, cita online: AR/DOC/790/2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015), *Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones existentes*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

KRASNOW, A. N. (2015) *Tratado de Derecho de familiar*, Buenos Aires, La Ley.

LORENZETTI, R. L. (dir.) (2015) *Código Civil y Comercial Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

— — (2016) *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

MARTIN-CASALS, M. y RIBOT, J. (2011) “Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, num. 2, 2011.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, M. T. (2004) “Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales”, en XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI, 2004.

MAZZILLI, E. (2017) *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

MEDINA, G. (2017) *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad*, *Diario La Ley*, 03/04/2017.

MIZRAHI, M. (2006) *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea.

— — (2017) “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones”, *Diario La Ley*, 17/04/2017.

PAGNAROS, A. (2008), *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, en ESTA M. (coord.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, Utet, 2008, consultado en [http://www.academia.edu/34031649/Da%C3%B1o_moral_por_adulterio._Corte_suprema_de_casaci%C3%B3n_italiana_No_18853_2011] el 14/08/2018.

PAPAYANNIS, D. (2017) “El deber de fidelidad en las relaciones conyugales”, en GARCIA AMADO, J. A. (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones de familia*, Cizur Menor (Navarra), Bosch, pp. 65-85.

RODRÍGUEZ GUITAN, A. M. (2003), “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 10, Aranzadi, 2003, p. 65-94.

— (2009) *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters – Civitas.

ROMANO, E. G. (coord. y dir.) (2016) *Responsabilidades Especiales. Homenaje al Dr. Oscar J. Ameal*, Buenos Aires, Erreius.

SAMBRIZZI, E. A. (2015) *Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial*, *Diario La Ley*, 19/03/2015.

SESTA, M. (2016) *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, CEDAM.

SOLARI, N. E. (2013) “Los Daños en las Relaciones de Familia”, en *Revista de Derecho de Daños 2012-3*, *Proyecto de Código Civil y Comercial*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, pp. 529-543.

VARGAS ARAVENA, D. (2009) *Daños Civiles en el Matrimonio*, Madrid, La Ley.

URBIA, F. A. (2015) *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

ZAMBRANO, V. (2016) “Responsabilidad civil en el entorno familiar”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de Familia – II: Relaciones entre adultos*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, pp. 377-420.

ZANNONI, E. A. (1983) *El divorcio en Argentina*, Buenos Aires, Astrea.