

## INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO A LA PAREJA

**Autor:** Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren\*

### Resumen:

*Frente a la posición que alienta el cese de la aplicación del derecho de daños a los casos de infidelidad, justificamos una postura contraria, que explica la procedencia de la indemnización del daño sufrido por el cónyuge, conviviente y pareja con fundamento en las normas supremas de nuestro ordenamiento y en las normas del CCC.*

### 1. Presentación del problema

La responsabilidad en el derecho de familia tendrá continuidad evidente en múltiples nichos. Por ejemplo: la responsabilidad por falta de reconocimiento de los hijos (Art. 587 CCC) y la responsabilidad por daños causados por violencia contra la mujer (Art. 7, inc. g de la Convención Belem Do Pará).

Aparte, habrá una serie de casos en los que existe responsabilidad por aplicación de las disposiciones comunes; puesto que las relaciones de familia no son causa de justificación del daño. Cualquier supuesto atrapado en la normativa del derecho de daños integra este grupo, como el incumplimiento del deber alimentario<sup>1</sup>, daños con las cosas, la transmisión culposa de enfermedades hereditarias, etc. Este plexo de normas, enmarcaría al daño causado dentro del seno de una pareja, por hechos dañosos que solo puede realizar un cónyuge, lo que antes se denominaba daño moral derivado del divorcio. También se subsumiría a los daños que se causen por el conviviente y en otras relaciones amorosas.

Sin embargo, en lo atinente al matrimonio se pretende que no sea así. La opinión de la Comisión Reformadora ha sido otra, según surge de los fundamentos del anteproyecto: “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”<sup>2</sup>. Además, hay posiciones doctrinarias que postulan la disociación del matrimonio y el divorcio respecto del derecho de daños; a la par del carácter meramente moral de los deberes clásicos de fidelidad y cohabitación<sup>3</sup>.

---

\* Profesor JTP de derecho civil II, U.N.P.S.J.B., sede Comodoro Rivadavia. Aval: Javier Leal de Ibarra. Profesor adjunto, a cargo de derecho civil II, U.N.P.S.J.B., sede Comodoro Rivadavia.

<sup>1</sup> GROSMAN, Cecilia; *La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos*, Gherzi, Carlos A. (coord.), *Los nuevos daños (soluciones modernas de reparación)*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 414.

<sup>2</sup> Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 77.

<sup>3</sup> Herrera, Marisa; *El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), La Ley Online AR/DOC/4320/2014.

Esta nueva solución, que expresa un sector de nuestro derecho –que no emerge de los artículos del CCC-, se opone al *status quo* imperante hasta la entrada en vigencia del nuevo Código. La procedencia del resarcimiento del daño por hechos del cónyuge se ha declarado por primera vez en 1983<sup>4</sup>, ha evolucionado expansivamente en los Juzgados, se ha declarado admisible en un fallo plenario capitalino<sup>5</sup> y ha sido propugnada por gran cantidad de maestros<sup>6</sup>.

Escogimos este tema, porque se observa una ruptura en la intención de los proyectistas y de parte de la doctrina<sup>7</sup>. Eso implica un posible conflicto de teorías - que deviene en incertidumbre para los operadores jurídicos y, lo que es peor, en posibles holocaustos para sujetos dañados-.

Anticipamos nuestra visión favorable a la continuidad de la reparación del daño causado por el cónyuge. También, entendemos que el derecho vigente, a partir de agosto de 2015, permite indemnizar el daño sufrido en el seno de la unión convivencial y en toda relación afectiva. En la responsabilidad civil, en la Convención Belem do Pará y en la Constitución no se hace distingo entre estas situaciones a la hora de resarcir daños sufridos por una persona.

## **2. Posición asumida. Justificación**

Para el suscripto, corresponde aplicar la responsabilidad civil a las relaciones matrimoniales y afectivas -como a todo caso en que se cause adecuadamente daños a terceros, imputables a un responsable, sin causa de justificación-. Para llegar a esa conclusión se atiende a una serie de fundamentos. Primero aclararemos porque corresponde en el ámbito matrimonial – pues, es donde hay controversia- y, luego, hablaremos de lo que sucede con el daño producido en otras relaciones lícitas:

### **1) Fundamento de interpretación supralegal**

Desde el punto de vista normativo, no se puede atender a la voluntad de quienes hicieron el proyecto de reforma –en cuanto pretenden que el ámbito matrimonial quede afuera el derecho de daños-. Tampoco son atendibles las opiniones doctrinarias que no tienen otro fundamento que la explicación de motivos del proyecto de CCC.

En primer lugar, el deber del juez - según el artículo 3 del CCC- no es hallar la solución última y más perfecta del caso; sino, arribar a una sentencia razonablemente fundada. La

---

<sup>4</sup> Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, A., A. c. A., M. N., 07/04/1983, con nota de Jorge Mosset Iturraspe, LA LEY 1983-C, 350, AR/JUR/713/1983.

<sup>5</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, G., G. G. c. B. de G., S. M., 20/09/199, L.L. tº 1994-E, p. 538.

<sup>6</sup> Burgueño Ibarguren, Manuel Gonzalo; *Daño moral causado por el adulterio del cónyuge*, 07/12/12, MJ-DOC-6099-AR | MJD6099.

<sup>7</sup> En el punto, los proyectistas de 2012 se distanciaron del proyecto de 1998. Este preveía expresamente la reparación del daño causado por el cónyuge culpable, a consecuencia de la separación, y por incumplimientos de deberes matrimoniales (Art. 525); siempre y cuando, se actué con culpa grave o dolo (art. 1686, inc. a) y no proceda la causa de justificación específica para las relaciones de familia del Art. 1589, inc. d: “En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial”.

ley habilita el disenso, siempre y cuando haya razonabilidad en la motivación del fallo. Con esto se destierra la posibilidad de hablar de posiciones equivocadas o verdaderas. Las habrá razonables e irrazonables, en su caso.

Por otro lado, la Constitución y los Tratados Internacionales son fuentes del derecho civil y deben ser considerados al interpretar la normativa (Arts. 1 y 2 CCC). Esto sin olvidar que el Código es norma inferior; por ende, en la interpretación legal no se puede alterar, restringir o suprimir los derechos y garantías superiores.

En efecto, ante en un caso de una persona dañada por su cónyuge - o pareja-, el operador jurídico debe tener en cuenta que del texto del Código no surge limitación alguna a la reparación de ese daño. No existe norma que excluya al caso subjetivamente, ni que exonere de la responsabilidad de esos daños, ni causa de justificación particular. Existe solamente una calificada opinión (no normativa) en los fundamentos del proyecto -que no es fuente, ni criterio exclusivo y principal de interpretación del CCC, si entendiéramos que están plasmadas allí las finalidades de la norma-.

Desde la perspectiva supra legal, la pretendida liberación de los cónyuges dañadores no es una finalidad legislativa válida; porque en la máxima jerarquía normativa y axiológica, en el art. 5.1 de la CASDH, se establece que la persona tiene derecho a la integridad sicofísica y moral<sup>8</sup>.

La integridad psíquica y moral –normalmente afectada por la infidelidad- es un derecho humano y el legislador no puede recortarlo de forma irrazonable. En efecto, en la postura “negativa” hay irrazonabilidad; porque desvirtúa y restringe ese derecho para categorías enteras de personas, al permitir que las violaciones dañosas de este derecho no accedan a las reglas de la responsabilidad civil - solo por estar casadas entre sí y sin atender a la existencia del perjuicio-. Esto contradice al Art. 28 de nuestra Carta Magna, lo que es imposible jurídicamente. La misma alteración se efectúa sobre el derecho a la reparación integral del daño sufrido, que se ha vinculado al Art. 19 de la Constitución<sup>9</sup> y al derecho al honor –si es afectado en el caso-.

Además, cerrar la vía de la reparación del daño en el ámbito del matrimonio, podría llevar a la vulneración de compromisos internacionales en ciertos casos. Los hechos ocurridos dentro del matrimonio –o de otra relación-, por su forma de comisión, podrían constituir maltrato y violencia psicológica y moral contra la mujer (art. 1 Convención Belem do Pará). En esos casos, el Estado debe establecer mecanismos para garantizar el “acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (Art. 7, inc. g, Convención Belem do Pará). El derecho y garantía de igualdad ante la ley, conduce a que, también, los hombres dañados accedan a la reparación.

Con visión integral del ordenamiento jurídico y con respeto de las reglas de fuentes y de interpretación del Código, no hay cortapisa e imposibilidad legal para aplicar la

---

<sup>8</sup> Coherentemente, el Art. 51 CCC, establece la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad.

<sup>9</sup> La CSJN constitucionalizó el principio *alterum non laedere* en el Art. 19 C.N, en el fallo Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05/08/1986, Fallos 308:1160. El mismo día, vinculó “entrañablemente” el principio a la idea de reparación en la causa Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino, La Ley online AR/JUR/2036/1986. Posteriormente, sostuvo que la indemnización debe ser integral en P., F. F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 24/08/1995, La Ley online AR/JUR/3453/1995 y Peón, Juan Domingo y otra v. Centro Médico del Sud S.A, 17/03/1998, La Ley Online 993743.

responsabilidad civil al ámbito matrimonial. De hecho, donde haya un daño injustificado a la integridad de la persona, debe haber una reparación; pues, es un derecho expreso en nuestra máxima ley. El CCC no puede legislar lo contrario, ni se puede afirmar válidamente que así lo establezca.

Como primera conclusión, manifestamos: las verdaderas causas del divorcio poco importan para el trámite de la disolución. Pero, sí podrán ser jurídicamente relevantes para la indemnización de los daños sufridos por un cónyuge, de la misma manera que se tutela a cualquier otra persona dañada de nuestro país; pues, merecen iguales posibilidades de bregar por la reparación del detrimento que soportan. En este punto, aparece nuevamente la igualdad, que así lo exige<sup>10</sup> y, otra vez más, la razonabilidad que impone la Constitución a la regulación inferior y el Código a la sentencia del juez.

### **3) Porqué se aplica la responsabilidad civil a los daños causados por infidelidad y otros supuestos**

#### **a. Axioma de partida**

Partiendo de que la responsabilidad civil o derecho de daños se aplica a todo supuesto alcanzado por sus normas, sin recortes –por exigencia superior al CCC-, es hora de analizar el caso especial de la infidelidad como hecho causal adecuado de perjuicios. Este supuesto es el más controvertible y sirve de ejemplo para razonar las reglas generales de la responsabilidad civil para todo tipo de relación sentimental estable.

Primeramente, se hablará de cómo se interpreta la responsabilidad civil en el CCC; a continuación, de cómo se engarzan los casos de adulterio matrimonial en esas reglas y, posteriormente, se aclarará que ocurre en otras relaciones amorosas de confianza.

#### **b. El sistema general de la responsabilidad civil**

La nueva responsabilidad civil del CCC es diferente a la velezana. Sus elementos tienen diferente composición y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño jurídico y, por otro lado, se ha abierto la definición de daño para atrapar mayor cantidad de perjuicios.

El daño es lo primero que debe valorarse. Ello requiere de un juicio de valor de las consecuencias dañosas sufridas por la persona, sus bienes e intereses. Debe meritarse si esos perjuicios constituyen o no un daño en sentido jurídico. Se requiere como mínimo la existencia de un menoscabo a un aspecto de la realidad del sujeto que no contradiga al derecho. Este será el punto de partida del análisis de los demás presupuestos de la responsabilidad civil<sup>11</sup>.

Entonces, en el CCC, lo primero es la verificación de la existencia de un daño material-cierto, subsistente y personal- que esté ligado íntimamente (como consecuencia a

---

<sup>10</sup> Artículo 16 de la Constitución Nacional, el Art. II de la DADDH, Art. 7 DUDH, Art. 24 CASDH.

<sup>11</sup> Hay homogeneidad entre lesión al interés y sus secuelas, que son las que se indemnizan. *Cfr. Bueres, Alberto J.; Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 306 y ss y Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T° 2, p. 639

indemnizar) a la vulneración de derechos, intereses legítimos e intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico (todo lo permitido por el derecho, que compone la realidad existencial de la persona y que le proporciona en una satisfacción, beneficio, disfrute o provecho, en sentido amplio y no solo económico)<sup>12</sup>.

El análisis del daño requiere de la consideración de los hechos dañosos y de la relación de causalidad. Puesto que no se podrá decir que ha existido un hecho antijurídico, sino se comprueba la autoría de un sujeto y la existencia de causalidad adecuada con las consecuencias dañosas materiales (previsibles, inmediatas y mediatas previsibles). Recién en este punto se puede conocer si hay daño en sentido jurídico y si es materialmente imputable a alguien.

Si partiéramos directamente del análisis del hecho, podría ocurrir que al no haber daño se avanzara estérilmente en el estudio de un caso ajeno a la responsabilidad civil (por no haber, luego, daño). Esto no pasará si se comprueba primero la existencia del daño, para analizar, inmediatamente, la relación de causa y efecto con el hecho enunciado en la demanda.

Si se juzga que existe daño jurídico (Art. 1737<sup>13</sup>) y se acredita la autoría y la relación causal -normal y previsible- entre hecho y sus efectos, debe pasarse al juicio de antijuridicidad. Sin el análisis previamente explicado, no se le podrá achacar a un sujeto la infracción del deber de no causar daños a otros (Art. 1716).

Para la nueva antijuridicidad de la función resarcitoria, el daño causado adecuadamente por un hecho es crucial. Por eso, en este punto, el juez debe evaluar las alegaciones y pruebas de causas de justificación –si las hay-. Si no se esgrimen causas de justificación o no proceden fáctica y jurídicamente, el hecho es antijurídico. La antijuridicidad tiene un contenido amplio, atípico y objetivo. Existe en un caso, cuando se causa un daño a otro, sin que medie causa de justificación (Art 1717). Es evidente que la antijuridicidad proviene de causar daño a otro.

La justificación del daño causado a la pareja cobrará importancia, cuando sea consecuencia del ejercicio regular de un derecho –como la decisión de miembro de dar ruptura a la unión, ejerciendo regularmente su derecho a la libertad-. Por lo que no puede concluirse que todos los daños causados son indemnizables en nuestro derecho. Mientras haya legitimidad en la conducta, no se indemniza el daño del otro. No hay legitimidad si se actúa sin justificación contra el deber de no dañar y cuando se ejerce abusivamente un derecho.

Este sistema de responsabilidad civil funciona como una norma secundaria, ante la infracción del deber de no dañar a otros, establecido en el Art. 19 de la CN y, ahora,

---

<sup>12</sup> Todo puede subsumirse en la noción de interés, sin que sea estrictamente necesario mencionar al derecho e interés legítimo. Cfr. Calvo Costa, Carlos A.; *Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial*, RCyS2015-IV, 81, AR/DOC/555/2015.

<sup>13</sup> Nuestro Art. 1737, sin ser una norma primaria, es una cláusula general que remite a los jueces para que determinen qué intereses merecen tutela y reparación, al igual que artículo 2043 del Código italiano, que sí es norma primaria. Cfr. Visintini, Giovana, *Tratado de la responsabilidad civil*, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Traductora), Buenos Aires, Astrea, 1999, tº 2, p. 11. Nuestra norma es análoga al 1343 del “Proyecto Catalá”: “Es reparable todo perjuicio cierto consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extra-patrimonial, individual o colectivo. Pero, se diferencia de la noción del Proyecto Terré y de la idea de daño generalizada en Francia, la de lesión a un interés legítimo jurídicamente protegido, Cfr. Mekki, Mustapha; *El rol del perjuicio en el derecho de la responsabilidad civil*, RCyS2015-V, p. 5 y ss.

expresamente en el Art 1716 del CCC<sup>14</sup>. Es una interesante amalgama entre la noción italiana de daño injusto, ampliada para los daños extra patrimoniales<sup>15</sup>, y el cumplimiento de la exigencia constitucional de antijuridicidad de la conducta (art. 19 CN)<sup>16</sup>.

A continuación, se explica cómo se aplican estas normas al adulterio.

### **c. Responsabilidad civil por adulterio**

#### **a) Daño, hecho y relación de causalidad**

En los casos de adulterio, es normal y previsible que haya merma psíquica y moral en la persona que toma conocimiento de la situación<sup>17</sup>; eso, puede tener consecuencias patrimoniales (gastos terapéuticos) y consecuencias extra patrimoniales por el sufrimiento psíquico y emocional (Art. 1741).

Según el Art. 1737 del CCC, el daño requiere de la lesión de un derecho o de un interés lícito. Esto es lo primero que debe evaluar el juez. Ya vimos que la CASDH establece un derecho a la integridad psicofísica y a la integridad moral. En efecto, si se perjudica la integridad psíquica o moral de una persona habrá daño, siempre y cuando exista una modificación disvaliosa en su ser y existencia (efecto). En otras palabras, el daño como consecuencia en el sujeto debe existir junto a la lesión al derecho. No puede haber violación de la integridad psicofísica y moral, sin consecuencias en el ser humano y, viceversa, daño a la persona sin violación de su derecho o interés.

Siempre que haya menoscabo al ser humano, habrá violación de un derecho y, por lo tanto, daño. De igual manera procederá si hay mella al honor del cónyuge o lesión a otro derecho supremo y, por supuesto, si la modalidad de la infidelidad constituyera violencia contra la mujer, será aplicable también esa normativa específica para elucubrar la existencia de daño.

Por otro lado, siguiendo en la perspectiva de daño, tenemos que la fidelidad es un deber moral con recepción legal en el Art. 431 (lo que pone en duda su solo carácter moral). La fidelidad configura el proyecto de vida común del matrimonio, junto a la cooperación y la asistencia recíproca. Por ende, es como mínimo un interés lícito –y, probablemente, un interés jurídico–.

A los fines del daño, la violación de la fidelidad, por hechos que constituyen adulterio, representa un interés lícito de la persona. Y si es vulnerado dañosamente, con tangible

---

<sup>14</sup> En esto hay una gran diferencia, porque el sistema italiano del Art. 2043, opera como norma primaria y, si hay daño injusto, no se requiere de la infracción de un deber establecido en otra norma. *Cfr.* Busnelli, Francesco Donato; *La parábola de la responsabilidad civil*, Leysser L. León Hilario (Traductor), AAVV, *Responsabilidad Civil Contemporánea*, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009, pág. 112.

<sup>15</sup> No debemos olvidar que la noción de daño injusto del art. 2043 del Código Italiano, no se aplica a los daños morales, que tienen un régimen restrictivo a los casos expresamente establecidos en la ley, según el Art. 2059 del mismo cuerpo. La noción se limita al daño patrimonial. Procida Mirabelli di Lauro, Antonino; Feola, María; *La responsabilità civile. Contratto e torto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014 p. 110.

<sup>16</sup> Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit. p. 482. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2da. Ed., 2011, T° II, p. 258 y 266.

<sup>17</sup> No siempre se presentan ambas lesiones (psíquica y moral). Pero ambas son, por experiencia, normales y previsibles.

merma en el individuo, da lugar a la reparación de daño; puesto que el Código así lo permite, aun cuando no tuviésemos la normativa superior ya señalada<sup>18</sup>.

Si bien el derecho de familia, en cuanto al deber de fidelidad, se ha desplazado y le ha restado fuerza -sepultado el divorcio con expresión de causa-, el derecho de daños se ha desplazado en sentido coincidente, al no exigir antijuridicidad formal y, a consecuencia de ello, continúa subsumiendo en sus normas a los hechos que configuran el quebrantamiento del “deber moral de fidelidad” si dañan a otro. Por eso, es que se produce su efecto jurídico: generación de obligaciones de reparar el daño que sufre la víctima de la infidelidad<sup>19</sup>.

### **b) Factor de atribución**

El factor de atribución en estos casos será subjetivo (art. 1721). En algunos supuestos, como cuando nace un hijo extramatrimonial de un miembro del matrimonio con un tercero (probado por estudio de ADN), corresponde aplicar el dolo -por existir manifiesta indiferencia por los intereses del cónyuge (es menos común que se sea infiel con la intención de dañar al otro). En su caso, cuando se prueba la infidelidad por indicios o se acreditan diversos hechos; pero no el contacto físico, deberá sopesarse la conducta del esposo a la luz de las normas sobre culpa.

En el último caso, se deberá tener en cuenta la conducta que corresponde a una persona casada y contrastarla con la efectivamente realizada. La culpa deberá ser evaluada con un criterio más severo para el dañador (por su calidad de cónyuge); puesto que estamos ante casos de confianza especial (art. 1725, 2do y 3er párr.) y se tienen en cuenta sus calidades personales y la naturaleza de la relación matrimonial.

### **c) La justificación del daño**

El demandado puede defenderse desvirtuando cada elemento de la responsabilidad civil o acreditar una causa de justificación. No obstante, en especies como esta no se advierten muchas posibilidades jurídicas y fácticas de acreditar el ejercicio regular de una libertad o derecho<sup>20</sup>.

El consentimiento libre e informado del cónyuge (Art. 1720 CCC) no podría conducir a la exoneración de responsabilidad; porque se trata de lesiones a la integridad psicofísica, moral u honor y tendrán las exigencias del Art. 55 del CCC para su disposición. En efecto, están limitadas a supuestos congruentes con la ley, la moral y las buenas costumbres. Difícilmente se podría enrolar a semejante pacto dentro de ese baremo.

Las parejas casadas que opten por un estilo de vida más libre, deberían abstenerse de incurrir en abusos de derecho y en daños al otro. Sin daño, no habrá nunca responsabilidad civil. De todos modos, la infidelidad es posible, incluso, en relaciones liberales y *swingers*, si no se respetan las reglas de la pareja. El consentir determinadas prácticas en determinados momentos, no suele ser un permiso para vivir como soltero, ni una dispensa

---

<sup>18</sup> Así las cosas, el juicio de divorcio deja de ser un antecedente del proceso de daños, que puede iniciarse en todo momento y depende de su propia prueba. Desde ya, el juez podrá valorar la actitud de quien reclama sin divorciarse, pero no le puede rechazar la demanda si prueba el daño y los presupuestos de la responsabilidad.

<sup>19</sup> La teoría del daño punzante no tiene sustento legal y el mayor o menor daño se relaciona con la mayor o menor indemnización, no con la procedencia de la responsabilidad civil. Por otro lado, el coautor del daño, podrá ser responsable solidario, salvo que justifique el daño causado: arts. 1710, 1716, 1718, 1721 y 1751.

<sup>20</sup> Podría haber un ejercicio regular de un derecho, si ha habido separación de hecho definitiva y actuaciones tendientes a obtener el divorcio y recién allí se inician relaciones con terceros.

por todos los daños futuros que se causen, ni modifican el esencial pacto de confianza que existe en toda unión.

El perdón de la pareja no justifica el daño, pero podrá derivar en la prescripción, la no judicialización, el desistimiento de la demanda, la carta de pago o cualquier solución que encuentren las partes.

#### **d. Situación de otro tipo de relaciones de pareja**

Partamos de la base de que nadie puede dañar a otro y que la vulneración de la integridad psíquica y moral, basta para configurar daño. Este será resarcible o no, según lo ya expuesto. Por eso, propiciamos la indemnización del daño en todo tipo de relaciones sentimentales de pareja; pues, no hay tipicidad del daño, no se exige antijuridicidad formal y no existe causa de justificación genérica para estas situaciones. Además, podemos hacer algunas disquisiciones puntuales respecto a la infidelidad:

En las uniones convivenciales se exige relaciones afectivas de carácter singular (Art. 509 CCC). En este contexto, parece evidente que corresponde aplicar las reglas de la reparación del daño, si es que hay un miembro dañado por el hecho del otro e, incluso, por la infidelidad del otro. Sin dudas, la fidelidad en este tipo de relaciones es como mínimo un interés lícito (posiblemente legítimo); puesto que la ley exige la singularidad, y no de la convivencia –sino de la relación afectiva–.

El factor de atribución, también, es subjetivo. Si no se puede probar el dolo, se aplica la culpa, destacándose la confianza que debe también existir en este tipo de vinculaciones al valorarla.

En cualquier relación amorosa informal o de convivencia menor a dos años, también cabe la aplicación de las reglas de la responsabilidad; puesto que nada lo impide frente al daño. Si hay daño psíquico y moral, hay marco jurídico suficiente para ordenar la reparación de esos efectos, sin importar la modalidad de acción del agente que lo causó.

De todos modos, es posible efectuar una gradación: no es lo mismo un matrimonio o una unión convivencial que una convivencia breve, un noviazgo largo y uno corto. Naturalmente, en estos últimos casos, la confianza depositada en el otro es menor, por ende el factor de atribución culpa debe ser analizado con mayor laxitud, cuando proceda. Igualmente, a menor duración y confianza, mayor espacio para el ejercicio regular de la libertad personal. Por eso, puede justificarse el daño causado a un novio de una semana y no el de quien se entera de la infidelidad el día de su casamiento o de un hijo fuera del noviazgo de años. Por supuesto, probablemente la dimensión del daño sería diferente, pero esto afecta solo al monto de la indemnización. El daño punzante no tiene fundamento legal.

De todas maneras, siendo que la buena fe en el ejercicio de los derechos es un principio general (Art. 9) y el abuso de derecho está vedado en todo ámbito (Art. 10), difícilmente la infidelidad sea coincidente con el actuar de buena fe y el ejercicio regular de la libertad o de otro derecho, más si ha sido dañosa para otro.

El factor de atribución es subjetivo. En caso, de que se trate de la culpa, debe tenerse en cuenta la confianza, connatural con toda relación afectiva. Pero, el rigor de la apreciación de la desviación de la conducta, debe tener en cuenta los matices de confianza de la realidad del caso.

En suma, las reglas para resolver la responsabilidad civil en todo tipo de relación de pareja son las mismas, pero con algunos matices para cada tipo de relación. Nada excluye a la responsabilidad civil de la pareja no matrimonial, ni siquiera la opinión de la exposición de motivos del proyecto de reforma.

#### **4. Conclusiones**

**De lege lata**, concluimos que:

1) Según los artículos 1, 2 y 3 del CCC, se debe interpretar la normativa civilista de conformidad con la Constitución y los TT.II. El juez, debe dar una sentencia razonable, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico, por lo que no está obligado por la exposición de motivos de los proyectistas, ni por una única visión doctrinaria. Los Arts. 5.1 de la CASDH, 16 y 19 de la C.N., los que tutelan al honor, la dignidad y los que tutelan a la mujer frente a la violencia, deben ser tenidos en cuenta. El Art. 51 CCC, también, establece la inviolabilidad de la persona humana. Por ello, es válido hacer lugar a la indemnización pretendida contra un cónyuge, conviviente o pareja, según las reglas de la responsabilidad civil.

2) No todos los daños causados por un miembro de la pareja son indemnizables, puesto que algunos estarán justificados por el ejercicio regular del derecho a la libertad. De todas formas, las reglas de la responsabilidad civil se aplican a los daños sufridos por toda pareja, salvo que no concurren todos los elementos de la responsabilidad o que haya causa de justificación.

3) Debe indemnizarse todo tipo de daños no justificados, incluidos los causados por la infidelidad. Los derechos constitucionales lo exigen. En la ponderación del daño, la fidelidad es como mínimo un interés lícito de toda persona en el seno de una relación amorosa. De no ser así, en las relaciones flexibles, no debe haber daño psíquico o moral acreditable. No es viable aplicar la teoría del daño punzante para desbrozar unos casos de otros. El mayor o menor daño se relaciona con la cuantía de la reparación; pero, no con la procedencia de la indemnización - que corresponde si se acreditan los elementos de la responsabilidad y si no se prueba causa de justificación-. La valoración de la causa de justificación dependerá del tipo y circunstancias de la relación.

4) El factor de atribución es subjetivo: dolo o culpa, dependiendo de los hechos acreditados. La culpa se pondera con mayor rigor, por tratarse de relaciones de confianza, pero se aceptan matices según los grados de confianza de cada tipo de relación y de la duración.