Comisión nº 3, Daños: "Daños derivados de las relaciones de familia"

DAÑOS DERIVADOS DE LA INFIDELIDAD, ¿DAÑOS RESARCIBLES? UNA COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ESPAÑOL

Autor: Mercedes Maquieira*

Resumen:

El presente trabajo aborda la cuestión de las acciones de daños entabladas por los ex-esposos con causa en la infidelidad de uno de ellos. Se indagan aquí las modificaciones introducidas por el nuevo Código y las opiniones de los autores en relación a la procedencia (o no) de la reparación. Se toma como referencia la legislación española, en tanto la reforma normativa argentina basó su esquema de deberes maritales y divorcio en la experiencia del país ibérico, que introdujo el divorcio sin expresión de causa en el año 2005. Se concluye que con la sanción del nuevo Código ya no es posible reclamar los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, pues su violación no constituye daño injusto.

1. Introducción

La discusión sobre la procedencia (o no) de la aplicación de las normas del Derecho de Daños a las relaciones de familia se ha extendido por décadas. Todas las posturas imaginables pueden encontrarse en nuestra doctrina: las que abogan por la reparación irrestricta de los daños sufridos a manos de familiares, las que lo niegan rotundamente y –como es de costumbre- aquellas intermedias que lo admiten pero con reparos, ya sea requiriendo la concurrencia de factores agravados de atribución o de daños calificados.

Llamativamente, la discusión no ha perdido vigencia. Y es que al debate original se ha sumado el cambio en el modelo de familia; la evolución del modelo patriarcal hacia la familia autorreferencial indubitablemente ha significado una modificación profunda en las normas que rigen la materia.

En la familia moderna, cuyos miembros gozan de igualdad formal y real, no puede admitirse sin más que los daños sufridos queden impunes por el mero hecho de haber sido causados por parientes. Pero tampoco por ello cabe transformar un medio tan íntimo en un campo de batalla legal. No se puede perder de vista que en este ámbito lo más ansiado es el mantenimiento de la armonía familiar.

El tema es arduo, pero en esta ocasión limitaremos su análisis a los supuestos de daños reclamados por los antes miembros de una pareja en oportunidad del divorcio por el incumplimiento del deber de fidelidad.

De que la infidelidad causa daño a quien la sufre, no cabe duda. Pero, ¿es un daño resarcible?

El Código Civil y Comercial incorporó la novedosa noción de deberes morales entre cónyuges e introdujo el divorcio incausado. El impacto de este nuevo esquema de

* Ayudante de Segunda en Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad de Buenos Aires,

matrimonio y divorcio en el campo de la responsabilidad civil es insoslayable. Si el adulterio no constituye un ilícito civil, ¿cómo justificamos la procedencia de la reparación? ¿Se mantiene la antijuridicidad aunque se haya suprimido el divorcio con causa? ¿Es aplicable el principio general de *alterum non leadere* a la separación?

Si alguien pensaba que el tema de los daños en el matrimonio ya no era materia opinable, estaba equivocado.

Para mejor ilustración tomaremos como referencia la legislación española y su interpretación por los tribunales, pues el divorcio sin causa fue incorporado allí hace varios años, de manera que su experiencia -que fue tenida en especial consideración por los redactores del nuevo código- será útil para hacer el análisis.

2. Los daños entre cónyuges en el antiguo Código Civil

El Código Civil no contenía norma alguna en relación a la reparación de daños entre cónyuges. Tal vez en la época de Vélez una reclamación de daños entre esposos con atribución subjetiva de responsabilidad era impensable. Pero con el correr de las décadas el tema suscitó gran interés en la doctrina. El abandono de la noción tradicional de familia -cerrada y autoritaria- hizo que un sinnúmero de autores se replanteen la cuestión. Si había daños injustos sufridos en el seno de la familia, el derecho no podía desconocerlos.

Pese al desarrollo del tema, ninguna de las leyes que reformó el Código de fondo introdujo una solución en este punto.

El silencio legal fue tomado por algunos como impeditivo de la reparación. Otros se inclinaron por entender que los daños sufridos en este ámbito debían regirse por las normas ordinarias de la responsabilidad civil.

La mayor parte de la doctrina, encabezada por autores como de Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, Belluscio, Medina, Bossert y Córdoba, se pronunció a favor de la indemnización.

Salvo contadas excepciones[1], quienes se manifestaron afines a la responsabilidad civil entre cónyuges limitaron su procedencia a los supuestos de divorcio decretado por causales subjetivas.

Ya en 1980 Mosset Iturraspe apuntaba que el cónyuge culpable del divorcio debía indemnizar al inocente de los daños sufridos, descartando la posibilidad de reclamar una indemnización en los supuestos de “divorcio remedio”, en los que no se debate sobre la culpabilidad sino que se juzga objetivamente sobre la existencia de una situación conyugal insostenible.[2]

Dentro de esta posición, algunos autores -siguiendo a Cifuentes- sostuvieron que para que prospere la indemnización era necesario que se verifique un daño calificado, grave, especialmente punzante.

Por la negativa a la reparación se pronunciaron juristas como Llambias, Mizrahi, Díaz de Guijarro y Borda.

Durante la década del ‘80 y mediados de los ‘90, todas las posturas mencionadas se podían ver en las sentencias judiciales. Ello hizo necesario, en 1994, el dictado de un

---

[1] Como LEVY, WAGMAISTER e IÑIGO DE QUIDIELLO, v. LL 1990-C-401

[2] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los daños derivados del divorcio*, LL 1983-C-348

fallo plenario en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a fin de disipar las controversias en torno a la interpretación del tema.

El 20 de septiembre de 1994, la Cámara Nacional en lo Civil en pleno estableció como doctrina legal: "*En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio*".

En seguida la mayoría de la doctrina nacional se volcó por la tesis permisiva de la reparación y dentro de sus corrientes, por la amplia. De este modo, para la generalidad de los autores cuando la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges, en violación a una disposición legal, causaba un daño al otro con motivo de los hechos que dieron lugar al divorcio, debía resarcirse el perjuicio sufrido, cualquiera sea ese daño, siendo el monto de la indemnización donde ha de medirse la gravedad del mismo.[3]

III. La sanción del nuevo Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial introdujo modificaciones sustanciales en la institución del matrimonio. El nuevo régimen matrimonial se asienta sobre dos pilares fundamentales: la igualdad y la libertad.

El principio de igualdad se encuentra expresamente contemplado en el art. 402 que reza: "*Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo*".

El principio de libertad -derivado del art. 19 de la Carta Magna- signa todo el régimen, desde la celebración hasta la ruptura matrimonial. El Código reconoce que los sujetos son libres de vivir como lo deseen, de casarse o no casarse, de hacerlo con una persona de distinto o igual sexo, de convivir o de no hacerlo, y hasta de divorciarse por su sola voluntad. Se establece de este modo un modelo de familia autorreferencial, que amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio.

Entre los fundamentos de la norma se destaca que "*La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites… Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender*".

Al respecto, una modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. Siguiendo los lineamientos generales de la reforma española del 2005, se prevé un único sistema de divorcio remedio sin expresión de causa.

En sintonía con ello, se eliminan los deberes personales de los cónyuges, despojando a las conductas de los esposos en la relación de contenido jurídico.

---

[3] SAMBRIZZI, Eduardo A., *Subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho y daño moral derivado de la causal de adulterio*, LL 2005-C-199

Como se desprende del art. 431, para el legislador el cimiento del matrimonio es el compartir "un proyecto de vida en común". Las pautas éticas y sociales tradicionales de la unión (vgr. la fidelidad) ya no tienen cabida, por lo menos como reglas jurídicas.

Por supuesto, muchas actitudes anteriormente previstas como verdaderos deberes matrimoniales van a seguir presente en la mayoría de las parejas, como el compartir un hogar, mantener relaciones sexuales en exclusividad, formar una familia, etc., pues se trata de actitudes que surgen con naturalidad en consonancia con los valores de los esposos. Pero su inobservancia no traerá aparejadas sanciones jurídicas. Es que, como bien sostienen los redactores del Código, no le corresponde al Estado inmiscuirse en la privacidad de los consortes, imponiéndoles tal o cual manera de proceder en la intimidad, si sus acciones no perjudican a terceros.

3. El deber moral de fidelidad

La fidelidad fue entendida siempre como la exclusividad sexual entre cónyuges. Tal como se regulaba en el Código de Vélez, se trataba un deber recíproco, incompensable y permanente. Como el resto de los deberes personales en el matrimonio, no podía hacerse cumplir coercitivamente. En efecto, los deberes matrimoniales son concebibles únicamente a la luz del afecto conyugal. Pero la fidelidad, como deber jurídico, aunque no implicaba la posibilidad de requerir su cumplimiento forzoso, tenía una consecuencia sustancial en el régimen matrimonial: su inobservancia permitía determinar la antijuridicidad de la conducta.

El nuevo Código Civil y Comercial cambia totalmente el panorama. El deber de fidelidad se mantiene, mas como un mero deber moral. Ello significa que los cónyuges gozan de plena libertad para decidir si lo que desean es o no una pareja en la que sea primordial la exclusividad sexual. Pero en todos los casos, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.

Parecería que los deberes morales no tienen por qué estar enumerados en el Código, máxime cuando el régimen matrimonial se basa en la familia autorreferencial. ¿Cuál es el motivo de su incorporación? En los fundamentos, la Comisión Redactora destaca "*el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación*".

En los términos en que ha quedado incorporado, el deber de fidelidad no da lugar a sanciones legales. El adulterio no se encuentra previsto ni como una causal de divorcio contradictorio ni como delito criminal.

Si la fidelidad desde la perspectiva constitucional será aquello que dos personas acuerden que es, los motivos y las razones de la infidelidad también quedan al margen del derecho objetivo, el cual sólo puede permitirse operar como detonante de la disolución de un vínculo porque para uno o para ambos (por sus propias razones) el amor ha concluido, sin que existan culpables o inocentes.[4]

Con este nuevo escenario, quien sufre el adulterio, ¿podrá, como antes, reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos?

4. Los daños y perjuicios

[4] FAMÁ, María Victoria- GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional*, La Ley Online, cita online: AR/DOC/1061/2005

La reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de los deberes (morales) del matrimonio no se encuentra prevista en el Código Civil y Comercial, como tampoco lo estaba en el Código de Vélez. Ello puede dar lugar al interrogante de si esta clase de reclamos es viable de acuerdo con la nueva normativa.

La Comisión Redactora no tuvo en miras esta posibilidad y así lo manifestó en los Fundamentos, donde resaltó 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*".

Sin embargo, autores de la talla de Graciela Medina[5] estiman que las acciones de daños podrían a través de las reglas generales de la responsabilidad civil, en tanto en el nuevo Código no hay necesidad que exista un derecho subjetivo para ser acreedor de la indemnización sino que basta la violación de un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

No coincidimos con esta postura. Cierto es que con el fenómeno de la "constitucionalización" del derecho privado el foco de atención se posicionó en la víctima y en la reparación del daño "injustamente sufrido", antes que el injustamente causado. Pero ello en ningún modo importó la eliminación de la ilicitud como elemento de la responsabilidad civil.

No cualquier daño merece reparación. Parece existir un falso concepto en este punto: existe un daño, por tanto existe un derecho.[6] Esto no es así. No todo menoscabo es un daño injusto (o resarcible). No hace falta más que mirar a nuestro alrededor para comprender la verdad de esta premisa. Que un negocio sea exitoso es un interés no reprochado por la ley, pero si el negocio se frustra, no voy a constituirme en acreedor de una indemnización, si no ha mediado una conducta de un tercero reprochable por el ordenamiento jurídico.

Lo mismo sucede en las relaciones. La apatía, la ruptura súbita, el desamor, pueden generar un gran dolor en quien todavía continúa queriendo, pero esa circunstancia no es necesariamente imputable a quien padece aquella indiferencia. Aunque el dolor sufrido pueda provocar en los hechos un daño moral, máxime en el caso de divorcio, para que sea resarcible se requiere que aquél provenga de una conducta ilícita que sea eficaz para producirlo.[7]

Veamos. Según dispone el Código Civil y Comercial, *"cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*" (art. 1717). Es decir, si una acción u omisión causa un daño, entonces es contraria a derecho, salvo que medie causal de justificación. En otras palabras, lo antijurídico deriva de la causación del daño, por contrariar el *alterum non leadere;* de modo que quien sufre el daño debe ser resarcido (si se presentan además el nexo causal y el factor de atribución), a menos que se presente una causa de justificación de la conducta.

Si bien la cercanía es innegable, los elementos antijuridicidad y daño no se confunden. Pueden existir conductas reñidas con el derecho que no causen daños, como también

---

[5] MEDINA, Graciela, *Matrimonio y Disolución*, publicado en http://www.gracielamedina.com/articulos-publicados/?start=176, consultado el 2.05.15

[6] GESUALDI, Dora Mariana, *La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012*, RCyS, 2013-VII, p. 5

[7] Del voto del Dr. Galmarini en el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 20 de septiembre de 1994

daños sufridos que no provengan de conductas antijurídicas. En ninguno de los casos habrá lugar a reparación.

Debe reconocerse igualmente que, al prescindirse de la lesión a un derecho subjetivo o un interés directamente protegido por una norma jurídica en la definición de "daño"[8], la antijuridicidad queda significativamente reducida en el fenómeno resarcitorio. El análisis consiste preponderantemente en verificar si el ordenamiento tutela el interés del lesionante hasta el punto de justificar el menoscabo del interés del otro. El principio general del daño injusto queda replanteado en estos términos: toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que su comportamiento sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado.[9]

En el incumplimiento de los deberes (morales) del matrimonio no hay conducta reprochable por el ordenamiento jurídico. Más aún, la ley ha previsto de una manera cualificada la posición subjetiva del lesionante.[10] Es que el principio de libertad y el estímulo del proyecto de vida autorreferencial importan que cada sujeto pueda vivir en pareja como lo desee, con o sin fidelidad, sobre la base de la autonomía de la voluntad. El mantener o no relaciones sexuales con sujetos fuera de la pareja constituye el ejercicio regular de un derecho, que como tal constituye una causa de justificación de la conducta. Lo mismo sucede con el derecho a peticionar el divorcio, por muy intempestivo que sea, pues no solo deriva de un principio de raigambre constitucional, sino que además es irrenunciable.

Este criterio no resulta enervado por el hecho de que se encuentre en juego un interés no reprobado por ley (el que mi cónyuge me sea fiel), pues aunque su satisfacción resulte legítima, el ordenamiento sí reprueba su invocación como fuente de un obrar compulsivo contra otra persona. Operan aquí otros intereses prevalecientes como la privacidad del sujeto que puede realizar la conducta supeditada a una decisión exclusivamente suya, con tal de que no lesione intereses en que se encuentra comprometida la integridad de la otra.[11]

En definitiva, cuando el amor desaparece y el proyecto común ya no existe, la ley nada puede hacer para remediar esta situación. Lo mejor que se ofrece es una salida eficaz, expedita y poco dolorosa, sin recriminaciones ni procesos eternos. Pero como contrapartida, las conductas que para alguno (por lo menos en su foro interno) hayan dado lugar al quiebre de la relación, ya no serán discutibles, ni por la vía del divorcio ni por la acción directa de daños. En un caso, porque ya no podrá haber asignación de culpas; en el otro, porque faltará el elemento de la antijuridicidad, imprescindible para hacer nacer la responsabilidad civil.

Es que en rigor de verdad, la ruptura de una relación es producto de la interacción entre cónyuges que se retroalimenta constantemente, dando lugar a situaciones agraviantes para ambos. Ante ello, ¿qué sentido tiene buscar culpables? ¿Cuál es la finalidad de una

---

[8] ARTICULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva

[9] DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto del Código Civil de 1998*, LL 2000-C-975 y sus citas

[10] DE LORENZO, M. en *El daño…,* ob. Cit. y sus citas

[11] ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Daños entre familiares*, La Ley Online, cita online: AR/DOC/4660/2014

reparación económica que, lejos de allanar el camino para una separación digna y menos dolorosa, instala mayores obstáculos en la dinámica conyugal?[12]

Por lo demás, no se advierte el sentido de eliminar la discusión malsana del juicio de divorcio para trasladarla a un litigio de responsabilidad civil. Sería incoherente que una discusión proscripta al efecto de la disolución del vínculo matrimonial, pudiera ser admitida para reparar los daños por la infracción de deberes sólo morales, máxime cuando la eliminación de la litigiosidad constituye un objetivo explícito del sistema.[13/14]

Por supuesto, siempre que los perjuicios sufridos excedan la conflictiva propia del divorcio, la víctima-cónyuge podrá reclamar su indemnización. Los daños inferidos por un consorte al otro, en tanto persona, siguen siendo merecedores de protección con el nuevo Código. Ningún sujeto pierde frente a nadie sus derechos personalísimos, como la preservación de la salud, el honor o la intimidad, por el hecho de contraer matrimonio. Lo que no está permitido es accionar por la mera ruptura del vínculo, aunque derive de una causal referible al otro, como el adulterio.[15]

En resumidas cuentas, corresponde la indemnización por hechos ilícitos cuando los mismos pueden ser juzgados como tales al margen de la existencia del matrimonio[16], de modo que, medie vínculo conyugal o no, correspondería su resarcimiento.

5. Los deberes conyugales en España

El régimen del matrimonio en España cambió sustancialmente con sanción de la Ley 15/2015 en julio del año 2005. La norma, que reformó el Código Civil, incorporó el -también mal llamado por aquellos pagos- divorcio express, suprimiendo todas las causales de divorcio contempladas en el derecho anterior.

Actualmente, la única causa de divorcio en el país ibérico es la voluntad de uno o ambos cónyuges, con tal de que ésta se manifieste transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

Es decir que para divorciarse no es necesaria la demostración de ninguna situación objetiva de cese del afecto o de la convivencia; ni tampoco el mutuo consentimiento. Bastará la voluntad de uno sólo para imponer al otro su decisión de disolver el matrimonio[17].

A diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, el Código Civil español mantuvo los deberes personales entre cónyuges, a pesar de la incorporación del divorcio

---

[12] FAMÁ, María Victoria- GIL DOMINGUEZ, Andrés, *El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges*, La Ley Online, cita online: AR/DOC/732/2005

[13] ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Daños…,* ob. Cit.

[14] Entre los Fundamentos se resalta que se "*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*."

[15] ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Daños…,* ob. Cit.

[16] ZABALA, *Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio,* LL 1991-E-904 y MIZRAHI, *Improcedencia de la indemnización por los daños en los divorcios decretados por causales subjetivas,* JA 1991-IV-680 y *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil,* LL 1996-D-1702, citados por DUTTO, Ricardo J., Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 93

[17] DE VERDA Y BELMONTE, José Ramón, *Responsabilidad civil en el divorcio en el Derecho Español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales,* Diario La Ley, N° 6676, Sección Doctrina, 21.03.07, Ref. D-70

sin expresión de causa. El art. 68 reza: "*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*".

La doctrina civilista ha discutido arduamente sobre su naturaleza jurídica. Sin duda son deberes incoercibles, pero no por ello puede descartase de plano su condición de deberes jurídicos.

Algunos autores han entendido que, al haberse eliminado el divorcio causado, estos han quedado reducidos a meros deberes de carácter ético o moral. La responsabilidad civil desde esta perspectiva no tendría razón de ser. En la vereda opuesta, se ha mantenido que la eliminación del principal efecto del incumplimiento de los deberes conyugales (constituir la causa del divorcio), quizás tenga como consecuencia que los tribunales otorguen a partir de ahora, como remedio, la indemnización de los daños y perjuicios ante dicho incumplimiento (siempre que se verifiquen los requisitos de la responsabilidad civil).[18]

Ninguno de los dos enfoques parece del todo correcto.

La idea de que los tribunales comiencen a otorgar indemnizaciones en los supuestos de incumplimiento de los deberes conyugales, como un modo de compensar o remediar la falta de sanción de la conducta por la vía del divorcio no se ajusta, si quiera mínimamente, a la intención del legislador al introducir el divorcio sin causa. Vale recordar que en la exposición de motivos de la Ley 15/2005 se destacó la necesidad de dejar a un lado los largos procesos judiciales, en los que se hace necesario divulgar datos de la intimidad de la pareja, con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación para todos los miembros de la familia, en especial los niños.

La aplicación del sistema anterior, se dijo, ha demostrado tanto sus carencias como las disfunciones por él provocadas. *"Sirvan sólo a modo de ejemplo los casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola o en los que su duración ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal. El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales… La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio*" (conf. Exposición de Motivos).

Si el propósito de la norma fue robustecer la autonomía personal y disminuir la litigiosidad, entonces es claro que la sanción al incumplimiento de los deberes matrimoniales no puede tener cabida ni por la vía del divorcio y mucho menos, *sine lege*, a través de las acciones de daños y perjuicios.

Ahora bien, tampoco parece acertado afirmar que los deberes consagrados en los arts. 67 y 68 del Código Español constituyen meras pautas de conciencia. En efecto, se trata de verdaderos deberes jurídicos, incorporados por el legislador en tal carácter, pese a que su correlato nunca puede ser el divorcio culpable, pues aquél ha sido eliminado en forma definitiva. Lo que sucede es que, a los efectos indemnizatorios, estos deberes encarnan intereses que no son ya jurídicamente protegibles y en los que el derecho no

[18] RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)*, Diario La Ley, N° 7582, Sección Doctrina, 4.03.11

debe inmiscuirse. Tal como sucede en la República Argentina, operan en estas situaciones otros intereses prevalecientes, como la libertad, privacidad y la autonomía personal que privan a la conducta del requisito insoslayable de la antijuridicidad para enervar la responsabilidad civil. De ahí que no quepan indemnizaciones económicas con motivo de su incumplimiento.

Lógicamente, el resarcimiento de los daños padecidos por uno de los consortes procederá cuando se lesionen derechos fundamentales, pues aquellos exceden los perjuicios derivados del mero incumplimiento de los deberes maritales. Se trata de supuestos en los que se produce una lesión a los valores de la personalidad, garantizados por la Constitución a toda persona con independencia de su cualidad de cónyuge, y respecto a los cuales el sistema especial de separación o divorcio no alcanza a proteger.[19]

Así las cosas, ¿por qué reconocer el carácter jurídico de los deberes conyugales? Porque si bien en España el incumplimiento de estos deberes ha dejado de poseer relevancia a los fines específicos de posibilitar el divorcio, otros efectos jurídicos se han mantenido por la voluntad expresa del legislador: su incumplimiento, siempre que sea grave o reiterado, constituye causa de desheredación del cónyuge incumplidor (art. 855.1, CC) y causa la cesación de la obligación de dar alimentos (art. 152.4, CC).[20]

Para finalizar, vale destacar que -pese a las diversas opiniones doctrinarias-, la jurisprudencia española ha negado sistemáticamente el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales, con excepción de aquellos casos en que la infidelidad de la esposa trae consigo el descubrimiento del marido de que no es el padre biológico de quienes creía que eran sus hijos.[21] Pero hasta en este supuesto, el daño moral que se resarce no es el experimentado por la infidelidad en sí misma, sino el derivado de la atribución de la falsa paternidad.

6. Conclusiones

1. La sanción del Código Civil y Comercial importa un gran avance al eliminar el divorcio contradictorio que, en general, acarrea nuevas disputas, que se suman al dolor -personal y familiar- propio de cualquier separación.

2. La conceptualización de los deberes matrimoniales como deberes morales resulta acorde al nuevo sistema de divorcio y, sobre todo, a los derechos constitucionales de libertad y autonomía personal.

3. No es posible reclamar los daños derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales (vgr. fidelidad), pues su violación no constituye daño injusto (resarcible).

4. La admisión de las acciones por daños derivados del incumplimiento de los deberes maritales desvirtuaría el nuevo sistema, al filtrar -por una vía ciertamente anómala- el derogado divorcio-sanción.

---

[19] LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales*, InDret 4/2010

[20] RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio…,* ob. Cit.

[21] Al respecto, el Tribunal Supremo se ha expedido en dos conocidas sentencias del 22 y 30 de julio de 1999.

5. La exclusión de la acción de responsabilidad no rige respecto de aquellos daños conceptualmente separables del interés en el mantenimiento del matrimonio y el respeto a sus reglas.

6. Los reclamos patrimoniales por incumplimiento de los deberes conyugales deberían haber sido vedados expresamente en el nuevo Código a fin de evitar conflictos de interpretación. El silencio guardado podría aparejar la desagradable consecuencia de generar inseguridad jurídica.