

¿SON RESARCIBLES LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA INFIDELIDAD DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN EL C.C.C.N.?

Autor: Leonardo Marcellino*

Resumen: *En la nueva legislación civil y comercial el incumplimiento al deber de fidelidad de unos de los cónyuges, por tratarse de un deber moral y no jurídico, no constituye una conducta ilícita o contraria al ordenamiento jurídico y por tanto, en estos supuestos no se configurará uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, concretamente la antijuridicidad, y ello determina la inexistencia de una obligación resarcitoria de consecuencias no patrimoniales en contra del cónyuge “infiel”.*

1. La expansión del Derecho de Daños

El Derecho de Daños ha tenido una evolución de enorme relevancia a causa del fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado, que se ha desarrollado esencialmente con el reconocimiento de un derecho constitucional a la reparación plena y con la incorporación con jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, especialmente cuando se tratan de daños a la persona humana¹.

El emplazamiento del derecho a la reparación con jerarquía constitucional ha producido una expansión del Derecho de Daños que penetra en todos los ámbitos o compartimientos en que históricamente ha sido dividido o clasificado nuestro ordenamiento jurídico (Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho de Familia, Derecho Ambiental, Derecho Aeronáutico y Marítimo etc.), derribando de ese modo antiguas barreras que fueron construidas y defendidas durante mucho tiempo con argumentos de una supuesta “autonomía y/o especialidad” de dichos ámbitos del derecho.

Incluso las mismas fronteras entre el derecho público y privado se han diluido sensiblemente frente al fenómeno constante de aproximación del derecho privado y el derecho constitucional, bajo la finalidad común de asegurar y garantizar eficazmente la tutela de los derechos humanos, en todas sus manifestaciones².

Afirma con acierto Mosset Iturraspe que: “Ocurre que ambos derechos han acercado sus fronteras y buscan, en pluralidad de materias, confundirse: se “publicita” el Derecho Privado y se “privatiza” el Público. La estrella polar es ahora la Constitución incluso en temas de daños.”³.

* Docente Privado VIII (Derecho de daños). Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba.

¹ La Comisión n°2 del XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 2011) declaró que “la tendencia actual es la constitucionalización del derecho privado a fin de lograr el respeto y la tutela integral de los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida”, citado por ALTERINI, Anibal A., “Soluciones del proyecto de Código Civil en materia de responsabilidad civil”, LL 2012-D- 1156.

² PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Compendio de derecho de daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014, n°7, p. 59.

³ MOSSET ITURRASPE, Jorge “Visión Jusprivatista de la Responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho de Daños, 2000, n° 9, p.14.

Desde esta perspectiva, ya no es posible separar tajantemente a la Constitución como norma de derecho público y al Código Civil como norma de derecho privado⁴, sino que la Constitución establece las bases sobre las cuales se debe asentar la reglamentación de todo derecho, incluyendo el resarcitorio.

En este fenómeno de constante expansión y frente a una legislación civil y comercial que indudablemente ha receptado dichos postulados⁵, se estima necesario repensar un carácter unitario y sistemático del Derecho de Daños compuesto de principios y normas comunes, siempre bajo el prisma de la Constitución⁶.

Una verdadera teoría única del responder que regule en forma integral el fenómeno resarcitorio que será siempre el mismo por presentar los mismos elementos esenciales, cualquiera sea el ámbito de ocurrencia del hecho ilícito, la naturaleza de los daños, las personas damnificadas y los responsables involucrados. Sin dejar de reconocer que puedan presentarse, caracteres diversos según sea la rama jurídica en la que penetre, debiendo en estos casos armonizarse sus principios y normas específicas con las generales del sistema normativo de responsabilidad.

Es en este marco que en la actualidad parece inadmisibles y contraría la propia realidad pretender impedir la aplicación de las normas que integran la teoría general del Derecho de Daños a los supuestos de responsabilidad patrimonial que se producen en las relaciones de familia, con el único argumento de la especialidad o autonomía del Derecho de Familia.

En este sentido se ha afirmado que del estudio de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia emerge que se ha eliminado la idea a través de la cual se entiende que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil⁷.

2. Daños derivados del divorcio

Definir o conceptualizar la familia parece harto dificultoso por la multiplicidad y diversidad de facetas que ésta presenta en la sociedad actual, pero no hay duda que el ámbito familiar constituye un espacio central en donde transitan los más importantes momentos en la vida de las personas.

⁴ LORENZETTI, Ricardo, “Fundamento constitucional de la reparación de daños”, LL 2003-C-1184.

⁵ Lorenzetti destaca como aspecto positivo del C.C.C.N., el haberse apartado de la división tajante entre derecho público y privado existente en la mayoría de los Códigos al “receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”, LORENZETTI, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2012-C-581. Igualmente puede verse en: RIVERA, Julio C., “La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, Dir. Julio Cesar Rivera, Coord. Graciela Medina, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, Cap. I.

⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, T. X, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 62 y ss. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La teoría general de la responsabilidad civil y el Derecho Administrativo”, en “La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg”, Dirs. Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p.763 y ss. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Los dilemas de la responsabilidad civil”, Revista Chilena de Derecho, vol. 28, n°4, 2001, p. 671/679. BUERES, Alberto J., “Derecho de Daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, p.442/444.

⁷ MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 21.

Los daños entre los distintos integrantes de la familia existieron desde la aparición misma de la familia, pero el rol que la familia cumple en la vida moderna y la complejidad en las diversas relaciones que se traban entre aquellos que integran el grupo familiar, son causa-fuente de muy variados daños que pueden ocasionarse entre ellos.

El Código Civil no contempló expresamente supuestos de daños derivados del divorcio, como sí reconoció, por el contrario, la reparación del daño moral derivado de la nulidad del matrimonio a favor del cónyuge de buena fe contra el de mala fe y los terceros cómplices que hubieren provocado el error (art. 225 C.C.).

A pesar de la señalada omisión, la doctrina fundamentalmente desde finales de los ochenta y principio de los noventa, discutió si correspondía o no admitir el daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio y el daño moral derivado del divorcio en sí mismo.

Aunque se desarrollaron interesantes argumentos en defensa de la admisión y en rechazo de indemnizaciones de daño moral en materia de divorcio, en general se admitió con distintos alcances la reparación del daño extrapatrimonial cuando uno de los cónyuges (“culpable”) incurría en alguna de las causales que establecía el art. 202 C.C., ya que su obrar era antijurídico por violar los deberes emergentes del matrimonio que daban lugar al divorcio sanción.

De igual manera, mayoritariamente se admitió que el divorcio en sí mismo podía constituir una situación dañosa y dar lugar al cónyuge inocente a reclamar al culpable el daño no patrimonial que dicho nuevo estado civil le ocasionaba.

El Código Civil y Comercial trae como una de sus más importantes innovaciones en el Derecho de Familia, la supresión de las causales subjetivas de divorcio. Se señala en los fundamentos al Anteproyecto: *“La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones 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”*.

En el presente trabajo se analizará si puede o no ser fuente de responsabilidad uno de los supuestos de hecho que era contemplado en el Código Civil como causal de divorcio subjetivo, me refiero concretamente al adulterio (art. 202 inc. 1 C.C.).

Insisto que al eliminarse el denominado “*divorcio contencioso o sanción*” fundado en causales subjetivas y quedar ahora únicamente como opción el llamado “*divorcio remedio*” fundado en causales objetivas, la violación al deber de fidelidad y su acreditación por parte de uno de los cónyuges o de ambos, resulta indiferente a los fines de lograr la extinción del vínculo matrimonial, pero aún cabe preguntarse si la infidelidad de uno de los cónyuges puede ser o no causal de consecuencias no patrimoniales resarcibles al otro.

3. Resarcimiento o no de las consecuencias no patrimoniales por la infidelidad de uno de los cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación

Como lo señalé anteriormente, existió una posición doctrinaria dominante⁸ en admitir, aunque con diversos alcances, el resarcimiento del daño extrapatrimonial a favor del cónyuge inocente, cuando se configuraba algunas de las causales subjetivas del divorcio contempladas en el art. 202 C.C.

Ahora bien, en mi opinión el argumento más fuerte en apoyo al reconocimiento resarcitorio en estos casos se basaba en que al incurrir algunos de los cónyuges en algunas de las causales taxativamente determinadas por el art. 202 C.C., su obrar era antijurídico, ya que importaba un incumplimiento a los deberes jurídicos emergentes del matrimonio y si además del hecho ilícito se desprendían consecuencias perjudiciales en la esfera espiritual del cónyuge inocente, debía resarcirse ese menoscabo en forma conjunta con la aplicación del régimen de sanciones que contenía el divorcio.

La nueva legislación civil y comercial elimina el divorcio fundado en causales subjetivas y el Capítulo 7 del Título II, Libro II, titulado “*Derecho y deberes de los cónyuges*”, se inicia con el art. 431 C.C.C.N. que dispone: “*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*”⁹.

Por su parte, en los fundamentos al Anteproyecto del C.C.C.N., se menciona que “*Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas*”.

De lo mencionado cabe preguntarse: ¿No existen consecuencias jurídicas de ningún tipo, ni siquiera resarcitorias en caso de convertirse dicho incumplimiento en fuente de daños? Y la respuesta que se desprende de los mismos fundamentos del Anteproyecto del C.C.C.N. parece ser negativa al decir luego “*... 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*”.

Aunque los fundamentos del Anteproyecto cumplen y cumplirán una función más que valiosa a los fines de interpretar las disposiciones del nuevo cuerpo legal civil y

⁸ Entre otros: MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, ob. cit., p. 49 y ss. CARRANZA CASARES, Carlos, “Daños provocados por la declaración de divorcio”, JA 2005-I-1376. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Divorcio y responsabilidad civil”, LL 1988-D-376. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Los daños emergentes del divorcio”, LL 1983-C-348. RIVERA, Julio C., “Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?”, JA 1994-IV-576. ZANONI, Eduardo A., “Derecho de familia”, T.2, 2ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1989, p. 213 y ss. ZANONI, Eduardo A., “Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio”, JA 1994-II-823. MENDEZ COSTA, María J., “La indemnización del daño moral causado por las inconductas conyugales en el contexto de los derecho humanos”, ED 181-747. BELLUSCIO, Augusto C., “Derecho de Familia”, T.III, Ed. Depalma, Bs. As., 1981, p.562. CIFUENTES Santos E., “El divorcio y la responsabilidad por daño moral”, LL 1990-B-805.

⁹ Claramente se aparta del criterio sustentado en el art. 525 del Proyecto de Código Civil de 1998, que establecía: “*Daños. Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el artículo 1686*”.

comercial, como en su oportunidad lo fueron las notas del codificador Vélez Sarsfield, la fuente primaria de interpretación para dilucidar las normas jurídicas de la nueva legislación, lo será el propio texto legal de la misma y sus finalidades (art. 2 C.C.C.N).

De suerte que debemos atender a la coherencia de las “*palabras y finalidades*” de las nuevas disposiciones para contestar si se puede seguir admitiendo el resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales a un cónyuge con fundamento en la infidelidad del otro.

La teoría general de la responsabilidad civil, establece que para nacer la obligación resarcitoria a favor del damnificado deben configurarse sus cuatro presupuestos: daño resarcible, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución.

La antijuridicidad o ilicitud de la conducta dañosa del agente implica la contrariedad de un obrar activo u omisivo con una norma o principio del ordenamiento jurídico integralmente considerado, sin la concurrencia de una causal de justificación¹⁰.

El adulterio es el resultado de incumplir por parte de uno de los cónyuges uno de los deberes emergentes del matrimonio como es el de fidelidad, expresamente disponía el art. 198 C.C. que los esposos se deben mutuamente fidelidad.

Dicho deber de fidelidad tenía en el Código Civil el carácter de “*deber jurídico*” y por eso que su violación importaba un obrar ilícito o contrario a Derecho, es decir antijurídico. En tanto que el art. 431 C.C.C.N. se refiere ahora a la fidelidad como un “*deber moral*” y no jurídico del matrimonio.

Ello parece determinar que la infidelidad de uno de los cónyuges puede importar un reproche ético o axiológico de su parte para con su pareja, pero en modo alguna dicha conducta puede ser reputada como contraria a la ley o calificada de ilícita.

Esto no significa adherir a una concepción formalista de la antijuridicidad, ya que aún la antijuridicidad material, a la que adhiere el C.C.C.N.¹¹, requiere que las prohibiciones que por implicancia tengan su fuente en principios o costumbres o cualquier otra distinta a la ley, deben necesariamente trascender el plano ético normativo e ingresar en el jurídico normativo.

La distinción entre los deberes morales y jurídicos es objeto de una intensa e histórica discusión en la Filosofía del Derecho, ya que se vincula necesariamente con el problema de la relación entre el Derecho y la Moral y está en la raíz de la división entre el Iusnaturalismo y el Positivismo.

Sin ánimos de ingresar en dicho debate, pueden distinguirse ambos deberes según explica Moisset de Espanes señalando que “*Tanto las normas morales como las jurídicas fijan imperativos de conducta, pero estos deberes adquieren proyecciones distintas según que nos movamos en uno u otro campo. El deber moral vive principalmente en la conciencia individual; el deber jurídico establece las bases de*

¹⁰ ORGAZ, Alfredo, “La ilicitud (extracontractual)”, Ed. Lerner, Córdoba, 1974, n°1 p.17 y ss.

¹¹ Ver: VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015- XVII-38. PICASSO, Sebastián, “La antijuridicidad en el proyecto de Código”, LL 2013-E-666. PREVOT, Juan Manuel, “La antijuridicidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial de 2012”, RCyS 2013-VIII-22. BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., “La vigencia de la antijuridicidad en el Derecho de Daños”, RCyS 2015-VI-29. GESUALDI, Dora M., “La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012”, RCyS, 2013-VII-5. CALVO COSTA, Carlos A. y SÁENZ, Luis R. J., “Incidencia del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños”, Dir. Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, n°7, p.123 y ss.

coexistencia entre varios individuos y, precisamente para posibilitar esa coexistencia, subraya no sólo la conducta del sujeto que actúa, sino también las facultades o derechos del que "padece" ese actuar. Por eso sólo en el campo de lo jurídico se contraponen el derecho o facultad, con el deber u obligación...Solamente el derecho está dotado de coercibilidad, es decir de la posibilidad de constreñir el cumplimiento de sus mandatos"¹².

Frecuentemente el Derecho recepta algunos de los deberes morales imperantes en una sociedad y los convierte también en deberes jurídicos plasmándose en un principio o norma jurídica, dotándolos de coercibilidad y asignándoles consecuencias jurídicas frente a su violación. Es a partir del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico que dicho deber adquiere el carácter de jurídico y su no cumplimiento puede reputarse de antijurídico.

Mientras que hay infinidad de deberes morales que jamás podrán tener proyección en el campo jurídico, otros sí son receptados por el Derecho y se convierten al mismo tiempo en deberes jurídicos y permanecen como tales con ese doble carácter moral y jurídico, en tanto que finalmente hay deberes morales que convertidos en deberes jurídicos dejan de serlo por decisión del propio legislador.

Atendiendo al tenor literal del art. 431 C.C.C.N. estimo que efectivamente esto último es lo que ha sucedido con el deber de fidelidad de los cónyuges, se trató siempre de un deber moral que el Código Civil había reconocido y le había asignado determinadas consecuencias jurídicas a su violación, dotándolo de coercibilidad y constituyéndose en un verdadero deber jurídico, importando su incumplimiento un obrar ilícito.

En tanto que el Código Civil y Comercial de la Nación, ha optado por privarle del carácter jurídico a dicho deber moral y por lo tanto su incumplimiento podrá acarrear consecuencias en el plano de la ética normativa, pero no del Derecho y ya no podrá calificarse como antijurídica la inobservancia de dicho deber moral del matrimonio. Siendo esa la razón por la cual se *"...rechaza la imposición de la fidelidad como un deber de contenido jurídico que pueda ser exigible coactivamente y cuyo incumplimiento sea sancionable por el Derecho"*¹³.

La razón de la decisión del legislador de dejar de reconocer al deber moral de fidelidad del matrimonio como un deber jurídico, pienso que puede haberse debido a entender como lo señalan Pizarro y Vallespinos que *"Las conductas que configuran causales de separación personal o de divorcio, aunque puedan ser imputables a uno de los cónyuges, suelen ser el resultado de desencuentros compartidos, que llevan a la quiebra del proyecto matrimonial, en los que la búsqueda de "un culpable" constituye una tarea frecuentemente insensata. Sólo la falta de amor puede ser la causa que motive la destrucción de vínculos afectivos y espirituales tan particulares y sensibles, por lo que transita el matrimonio a través de sus distintas etapas, y que se componen de valores*

¹² MOISSET DE ESPANÉS Luis, "Los deberes morales y las obligaciones naturales", artículo publicado en sitio web Academia de Derecho de Córdoba. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/los-deberes-morales-y-las-obligaciones-naturales>

¹³ MOLINA DE JUAN, Mariel, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Dirs. Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 252.

necesarios para la vida en común como respeto, compañerismo, tolerancia, pasión, y también, a veces, de cierta dosis de resignación”¹⁴.

Lo expresado me lleva a concluir que en la nueva legislación de derecho privado **el incumplimiento al deber de fidelidad no constituye una conducta ilícita o contraria al ordenamiento jurídico y por tanto, en estos casos no se configurará uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, concretamente la antijuridicidad, y ello determinará la inexistencia de una obligación resarcitoria en contra del cónyuge “infiel”¹⁵.**

“Esta mirada negativa sobre los daños y perjuicios derivados del divorcio se condice con la tésis de la reforma que recepta el Código en materia de divorcio, optándose por el sistema incausado. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio al configurar un hecho ilícito que genera el deber de reparar. Por ende, y a contrario sensu, si no hay derecho-deberes jurídicos sino morales, si se deroga el sistema causado, si no se configura un hecho ilícito por no haber antijuridicidad en la conducta seguida por uno o ambos cónyuges, no se darían los presupuestos de la responsabilidad civil”¹⁶. “En consecuencia, el incumplimiento de los deberes morales que puedan existir no abre la vía de la reparación, en tanto no implica antijuridicidad, que es un presupuesto indispensable para configurar el deber de reparar”¹⁷.

Esto no significa claro está que en las relaciones que se crean entre los integrantes de la familia no se pueda aplicar el sistema de la responsabilidad civil penetrando en el derecho de familia o que no pueda haber otros supuestos de hecho de relaciones de familia que generen una responsabilidad civil a cargo de uno o varios de sus integrantes¹⁸.

Por el contrario, pienso que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil en cualquier ámbito del Derecho, incluido el familiar, va a existir la obligación de reparar el perjuicio causado a cargo del responsable, y es precisamente por estar ausente

¹⁴ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Compendio de derecho de daños”, ob. cit., n°7, p. 637.

¹⁵ Los mismos argumentos y conclusiones estimo pueden extenderse a los supuestos de ruptura al deber de cohabitación por uno de los cónyuges, el cual en los fundamentos al Anteproyecto de C.C.C.N. se califica también como de gran valor axiológico, pero desprovisto de consecuencias jurídicas, es decir como un deber moral. En igual sentido se expresa: “*Esto determina que la cohabitación y la fidelidad ya no son conductas exigibles al otro cónyuge sino que dependerá de la voluntad de ellos vivir juntos y abstenerse de tener relaciones sexuales con otras personas. Claro está que cada matrimonio elabora por acuerdo el contenido moral de su unión y en consecuencia el Código ha decidido no ingresar en dicho acuerdo estableciéndole pautas mínimas*”. ROBBA, Mercedes y SASSO, Marcela Lorena, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T.II, Dirs. Julio César Rivera y Graciela Medina, Coord. Mariano Esper, Ed. La Ley, Bs. As., 2014, p.60.

¹⁶ HERRERA, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Dir. Ricardo L. Lorenzetti, Coord. Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti., T. II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 681.

¹⁷ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, ob. cit., p. 257. HERRERA, Marisa, “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina: bases para leer el régimen de divorcio incausado” en “Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea”, Infojus, Bs. As., 2014, p. 275.

¹⁸ En igual sentido se expresa: “*Ello no empece a que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño que sea jurídicamente reparable por aplicación de la reglas generales de la responsabilidad civil como ser, por ejemplo, actos de violencia que un cónyuge propine a otro, o situaciones que afecten el honor o la intimidad como ser difamar por las redes sociales o lugares públicos a un cónyuge o ex cónyuge*” HERRERA, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, ob. cit., p. 682.

el presupuesto de la antijuridicidad que considero que no serán resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges.

4. Conclusiones

El reconocimiento del derecho a la reparación como derecho con jerarquía constitucional ha producido una expansión del Derecho de Daños que penetra en los diversos ámbitos en que históricamente se ha dividido nuestro ordenamiento jurídico.

Es en ese contexto, que en la actualidad no pueda justificarse la no aplicación de la teoría general de responsabilidad civil a los daños cometidos en las relaciones familiares con fundamento en la especialidad o autonomía del Derecho de Familia.

Mayoritariamente se aceptó durante la vigencia del Código Civil el resarcimiento del daño extrapatrimonial a favor del cónyuge inocente, si el divorcio se fundaba en la causal subjetiva de adulterio art. 202 inc. 1 C.C., siendo el argumento más fuerte en dicha postura el carácter antijurídico que importaba la violación al deber de fidelidad por parte de uno de los cónyuges, ya que importaba la inobservancia a un deber jurídico emergente del matrimonio, cuyo incumplimiento generaba consecuencias jurídicas al ser fuente de responsabilidad civil, si concurrían además sus restantes presupuestos.

Por su parte, el art. 431 C.C.C.N. ha dispuesto por privar al deber moral de fidelidad de su carácter de deber jurídico y por lo tanto, su incumplimiento podrá acarrear consecuencias en el plano axiológico, pero ya no podrá calificarse como antijurídica la inobservancia de dicho deber moral del matrimonio.

Se acepta como regla que para nacer la obligación resarcitoria también en el ámbito familiar deben concurrir los presupuestos de la responsabilidad civil, y esto implica definir si el hecho de infidelidad de un cónyuge puede calificarse de antijurídica, causa un daño resarcible y además es producto del dolo o culpa del cónyuge y existe relación de causalidad adecuada.

Me inclino por pensar que al convertirse el deber de fidelidad, en uno exclusivamente moral y no jurídico, su inobservancia no constituye una conducta ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, y por tanto, en estos casos no se configurará uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, concretamente la antijuridicidad, y ello determinara la inexistencia de una obligación resarcitoria en contra del cónyuge “*infiel*”.

El acuerdo que por tanto los cónyuges mutuamente realicen de abstenerse de tener relaciones sexuales con terceros y deberse fidelidad así como su inobservancia quedan en el plano moral o axiológico de la pareja, ámbito al cual el Derecho ha decidido no ingresar y por tanto serán como lo señala el art. 19 de la Constitución Nacional “*acciones privadas de los hombres exentas de la autoridad de los magistrados*”.