

## **LECTURA PLURAL Y SISTEMICA DE LA FIDELIDAD CONYUGAL EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

**Autora:** Sabrina Anabel Silva<sup>1</sup>

### **Resumen:**

*La autonomía de la voluntad se instala en la escena matrimonial, así la cuestiona y enriquece, conminándonos a revisar de manera crítica la conceptualización “dada” de fidelidad.*

*El CCyC alza bandera al pluralismo pregonado por la doctrina internacional de los derechos humanos y nos permite apreciar dos grandes conquistas que se retroalimentan: el deber moral de fidelidad y el divorcio incausado, de conformidad con el art. 19 de la CN. La lectura sistémica de los mismos afirma que la infidelidad no acarrea consecuencias jurídicas.*

*Ello no significa rechazar los daños en la órbita matrimonial, sino colocarlos en su justo lugar: si se pretende no avasallar sus particularidades y especialidades, el deber de reparar deriva de la vulneración de los derechos personalísimos, no del divorcio.*

### **1. La fidelidad marital desde la obligada óptica de los derechos humanos.**

En la Argentina, la constitucionalización implica internacionalización, desde que los tratados de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad<sup>2</sup>, esta expansión hace de su doctrina un punto de partida y, al mismo tiempo, de llegada, en la forma de leer la realidad jurídica e interpretar el ordenamiento en su conjunto<sup>3</sup>.

¿Cómo y desde dónde interpretar la fidelidad conyugal? ¿Cuáles son los principios constitucionales-convencionales sobre los que se edifica?

El art.19 de la CN consagra el principio de autonomía de la persona humana o libertad de intimidad, su amplitud nos permite inscribir dentro de su ámbito de protección diversas situaciones derivadas de las relaciones familiares y hablar del derecho a la intimidad familiar.<sup>4</sup>

La autonomía se deriva de la libertad, al respecto la CIDH tiene dicho que “la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones

---

<sup>1</sup> Alumna de grado de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, GRAHAM Marisa - HERRERA Marisa, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia una mirada crítica y contemporánea*, 1ª ed., CABA, Infojus, 2014, p.14.

<sup>3</sup> HERRERA Marisa (Dir.); CULACIATI Martín M. – RODRIGUEZ ITURBURU Mariana (coords.), *Teoría y práctica del derecho de familia hoy*, Bs. As, Eudeba, 2012, p. 10.

<sup>4</sup> GIL DOMINGUEZ Andrés; FAMA María V.; HERRERA Marisa, *Derecho Constitucional de familia*, 1ª ed., Bs. As., Ediar, 2012, p. 230 y ss.

y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona”<sup>5</sup>.

La libertad en directa ligazón con la intimidad, ha sido definida hace tiempo por Bidart Campos como “una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual tanto podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros, como realizar acciones autorreferentes que caigan bajo ese conocimiento”<sup>6</sup>.

Ya en 1986 la CSJN, en el paradigmático fallo Sejean, abrió el juego al sistema constitucional de libertades individuales que gira en torno al art. 19 dentro de la órbita matrimonial, reconociendo a la libertad y dignidad como ideales básicos de la CN “que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana”. En este orden de ideas, Petracchi en su voto deja claro que “para asegurar la libertad del hombre, se requiere que él actúe según su conciencia y libre elección”.

De lo expuesto, no debe inferirse que el art. 19 de la CN protege únicamente las acciones que de ningún modo se exteriorizan a lo público, ni que libertad de intimidad se agota en el reconocimiento de un ámbito de protección de conductas individuales; sino que cabe incluir a aquellas conductas privadas que pueden compartir dos o más sujetos<sup>7</sup>, como lo es el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio.

La libertad de intimidad ostenta un campo de acción amplio, donde - dentro del derecho de familia- se presenta a la autonomía de la voluntad como una de sus innumerables proyecciones; conduciéndonos hacia la contractualización de la familia, entendida como sinónimo de acuerdo de voluntades en su organización. Esta tendencia es un fenómeno evidente que nos manda a reflexionar si la autonomía, como expresión de la voluntad, impacta y cuanto en las relaciones que configuran la vida familiar<sup>8</sup>.

Sin duda, uno de los ámbitos en los que la autonomía de la voluntad se ha colocado como elemento rupturista del carácter “sacro” de la familia, ha sido en las relaciones personales de los cónyuges.

Plantear en la actualidad esta incidencia significa reconocer el impacto que ha sabido generar la perspectiva de género en el derecho familiar, toda vez que para hablar de autonomía de voluntad, se debe partir de la igualdad en el status jurídico de ambos cónyuges.

¿Acaso el contenido y alcance de la fidelidad no se alista dentro de la esfera de la libertad de intimidad de la pareja?, hasta aquí pareciera que la respuesta afirmativa se impone, cabe ahondar entonces en sus criterios limitativos.

Es el propio art. 19 de la CN el que tras amparar la inmunidad de las acciones personales, indica su límite en la ofensa al orden y a la moral pública y el perjuicio a terceros.

Si lo que se pretende es no caer es una apreciación arcaica, fácil se advierte que tanto el orden como la moral pública se caracterizan por su dinamismo y relatividad. En

---

<sup>5</sup> KEMELMAKER DE CARLUCCI Aida, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, op.cit., p.4.

<sup>6</sup> Citado por GIL DOMINGUEZ Andrés; FAMA María V.; HERRERA Marisa, op.cit., p. 219.

<sup>7</sup> GIL DOMINGUEZ Andrés; FAMA María V.; HERRERA Marisa, op.cit., p. 219 y ss.

<sup>8</sup> KEMELMAKER DE CARLUCCI Aida, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, op.cit., p.5 y ss.

consecuencia, cualquiera sea la significación que se le dé al alcance de dichas pautas de recorte no ostentan la entidad suficiente para resultar un obstáculo en la voluntad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, siendo su único límite legítimo la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otro<sup>9</sup>.

En suma, los derechos humanos irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único, que nos impone correr el velo de ignorancia en torno a la sexualidad sin suponer un sacrilegio. El orden simbólico Constitucional-Convencional recepta una idea de la sexualidad que se define por el sujeto mismo<sup>10</sup>.

Una vez situada la fidelidad dentro de la libertad de intimidad de sus propios protagonistas y despojados del inconsciente del discurso jurídico, es decir, todo lo que no se dice cuando afirmamos con total convicción que la fidelidad es la exclusividad sexual con carácter de reciprocidad, nos encontramos con su indefinición o, mejor dicho, su autodefinition como resultado de una biografía conjunta elaborada por la pareja en torno a su sexualidad enfocada desde el goce y el placer. El único límite es la consumación de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de otras personas<sup>11</sup>.

Apreciar la fidelidad así no significa “banalizar” el matrimonio, sino corrernos de “esa compleja dupla signada por el miedo a la libertad y la hiper o sobrevaloración de la ley para cambiar relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas que lo que ordena la ley?”<sup>12</sup>.

## **2. La lógica del deber moral de fidelidad en el CCyC.**

### **a. Una breve aclaración metodológica con repercusión directa en el fondo.**

Aida Kemelmajer de Carlucci en el IV Encuentro de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia, nos invitó a razonar como el nuevo articulado integra el neo-constitucionalismo, cuyos rasgos sobresalientes son:

I. *La omnipresencia de la Constitución Nacional en todas las áreas jurídicas*: no solo se la coloca en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que baja y contamina el resto del ordenamiento infra.

II. *Mayor presencia de principios generales que reglas casuísticas*: como consecuencia del primero, en materia de derecho de familia, varios capítulos del Libro Segundo, dedican su primer artículo a la numeración de los principios generales que gobiernan cada una de sus instituciones.

La órbita constitucional recepta valores discrepantes que nos obligan a corrernos del clásico método de subsunción para resolver los temas del derecho civil y la familia que, si bien sigue existiendo, se requiere en mayor medida de la ponderación que nos impone el deber de argumentar sin dogmatismos.

---

<sup>9</sup> Para mayor comprensión y desarrollo del tema véase GIL DOMINGUEZ Andrés; FAMA María V.; HERRERA Marisa, *op.cit.*, p. 216 y ss.

<sup>10</sup> GIL DOMINGUEZ Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina Art. 75, inc. 22CN-Doctrina y Jurisprudencia*, 1ed. Bs. As., Ediar, 2007, p. 15 y ss.

<sup>11</sup> GIL DOMINGUEZ Andrés, “Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda”, LA LEY 2003-E, 501, Bs. As Revista LA LEY, 2003.

<sup>12</sup> HERRERA, Marisa (2013) “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”, *Revista Jurídica UCES*, 17, 105-132, p. 119

En presencia de esta constelación plural de valores y a los efectos del mecanismo de ponderación, se deberá encontrar un punto de partida común entre las discrepancias ideológicas a la hora de resolver los conflictos que se susciten en vigencia del CCyC. Esta arquitectura jurídica exige, de los operadores del derecho, razonamiento y argumento<sup>13</sup>.

**b. Principios constitucionales-convencionales del matrimonio.**

En total consonancia con el criterio axiológico analizado en el primer acápite, el nuevo articulado establece que el matrimonio se estructura sobre los principios de libertad e igualdad. En los fundamentos del Anteproyecto se expresa:

“La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura...eje rector de las normas y de su interpretación...El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual...muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional”

Es así que redefine el orden público matrimonial para garantizar la protección de los principios fundamentales de *igualdad* en el status jurídico de los cónyuges, como su consecuencia inmediata el ejercicio de la *autonomía* personal, y la *libertad* respecto del propio plan de vida, cuyo único límite legítimo es la consumación del daño directo a los derechos fundamentales de otras personas<sup>14</sup>.

**c. El cambio de paradigma: segmentación de los derechos-deberes personales del matrimonio**

**I. ¿Por qué y qué reformar?**

El art. 198 del Código derogado establecía el derecho-deber jurídico de fidelidad pero se abstenía de conceptualizarlo; tarea a la que se ha dedicado la doctrina y jurisprudencia, concibiéndolo como la abstención de cada uno de los consortes de mantener otra relación o crear una apariencia comprometida que pueda afectar al cónyuge; con carácter de recíproco, incompensable y permanente<sup>15</sup>.

En este orden de ideas, se le reconocía un aspecto positivo -mantener relaciones sexuales con el cónyuge-; y otro negativo – no mantener relaciones sexuales con terceros. Como contracara de la misma moneda, la infidelidad podía ser moral – conductas que evidencian relaciones de deseo, atracción o vínculo estrecho con un tercero aun sin mantener relaciones sexuales-; o material –cometer adulterio-<sup>16</sup>.

No obstante su contenido jurídico, resulta absurdamente obvia su imposibilidad de cumplimiento en forma coactiva. El quid de la cuestión radicaba en la lógica interna del resto del articulado que, al regular el sistema de divorcio sanción, le adjudicaba a su violación consecuencias jurídicas, en su faz material daba lugar a la causal culpable de adulterio y, en su faz moral, a la de injurias graves.

---

<sup>13</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “Claves para comprender la reforma del Código Civil en materia de familias”, IV Encuentro de jóvenes abogados en Derecho de Familia, CABA, UP Facultad de Derecho, 27/11/2014.

<sup>14</sup> MOLINA DE JUAN Mariel, “Derechos y deberes de los cónyuges”, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa; LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014. p.99.

<sup>15</sup> HERRERA Marisa (dir.); CULACIATI Martín M. – RODRIGUEZ ITURBURU Mariana (coords.), op. cit., p. 148

<sup>16</sup> HERRERA, Marisa (dir.); CULACIATI Martín M. – RODRIGUEZ ITURBURU Mariana (coords.), op. cit., p. 149

Ahora bien ¿podían los cónyuges dispensarse mutuamente del deber de fidelidad? ¿El deber de fidelidad subsistía tras la separación de hecho y se traducía entonces en un deber de abstención sexual hasta la sentencia de divorcio? ¿Existía un único culpable en el deterioro del matrimonio? De existirlo ¿Es fácticamente posible determinar el verdadero culpable o, consecuentemente, el inocente es quien presente las mejores pruebas en juicio? En el afán de ser el vencedor en juicio, ¿No se acentúa el dolor y los resentimientos impactando de manera directa en todo el grupo familiar?

Fácil se vislumbra que la lógica del Código derogado mantenía, aun tras la secularización del Derecho, repercusiones del sistema de ética derivado de la religión en torno al ejercicio de la sexualidad contrariando los principios constitucionales-convencionales del matrimonio.

El Derecho fue, es y será ideología, donde la complejidad actual de las relaciones sociales juega un rol preponderante para la de-construcción del vocablo familia como grupo homogéneo en su configuración fundado casi exclusivamente en el matrimonio heterosexual o en la filiación, para dar lugar a la heterogeneidad<sup>17</sup>.

En consecuencia, si la ideología ha cambiado, sustentándose en la noción de pluralismo exaltada por la doctrina internacional de los derechos humanos que nos obliga a apartarnos de los prejuicios que casi todos tenemos en torno al ejercicio de la sexualidad, ya no basta con la interpretación dinámica del ordenamiento jurídico sino que hay que reformar.

## II. *El deslinde entre derechos-deberes jurídicos y no jurídicos*

El art. 431 del CCyC establece: *Asistencia. 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.*

El criterio axiológico constitucional-internacional que sostiene el nuevo articulado, trajo consigo un cambio de paradigma en el modo de concebir las relaciones personales de los cónyuges. En este sentido, se sitúa como primer pilar conquistado la derogación del contenido legal del derecho-deber de fidelidad calificándolo como moral, es decir, reserva su contenido y alcance a la órbita privada de los miembros del matrimonio, ergo no genera ningún efecto en el plano jurídico.

¿Cuál es la razón por la cual se menciona la fidelidad? La presión de la Iglesia Católica, un actor social que siempre ha tenido un rol o voz más fuerte en todas las cuestiones relacionadas con la familia en singular como en plural<sup>18</sup>.

La política legislativa adoptada aquí pareciera que se asienta en no herir susceptibilidades y, al mismo tiempo, dejar claro que la monogamia sexual no forma parte de la esencia del matrimonio<sup>19</sup>.

Dicha dualidad no puede ser leída del mismo modo entusiasta respecto de la convivencia<sup>20</sup>. El derecho-deber jurídico de convivencia fue un lamentable agregado

---

<sup>17</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “capítulo introductorio”, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa; LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, op.cit. p.9 y ss.

<sup>18</sup> Solo basta recordar el rol que ha cumplido la Iglesia Católica en contra del divorcio vincular o de manera más reciente, de la sanción de la ley 26.618 conocida como ley de matrimonio igualitario.

<sup>19</sup> HERRERA Marisa, “El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para comprender el régimen de divorcio incausado”, GRAHAM Marisa-HERRERA Marisa, *Derecho de las Familias, Infancia...*, op.cit., p 295 y ss.

que sufrió el texto definitivo tras su paso por la Cámara de Senadores -la norma proyectada ni siquiera lo había incluido como deber moral-. La redacción actual no solo contraria los principios imperantes en la materia, sino que se traduce en una discriminación con andamiaje práctico respecto de un tipo de la relación afectiva cada vez más frecuente, las parejas LAT, donde las notas distintivas del matrimonio como el proyecto de vida en común, respeto mutuo, cooperación y asistencia se encuentran latentes y, por ejercicio de la autonomía de la voluntad, ausente la convivencia bajo el mismo techo<sup>21</sup>.

En suma, salvo la lamentable incorporación que sufrió la fórmula legal en la Cámara de Senadores, la nueva normativa auspicia el traslado de foco de la familia como organismo hacia la persona como titular del derecho humano a vivir en familia.

**d. Lógica interna del CCyC. Interacción y retroalimentación entre los derechos-deberes personales del matrimonio y el sistema de divorcio incausado**

Si bien los cambios en materia de divorcio son radicales, la relación intrínseca entre los derechos-deberes matrimoniales y el régimen de divorcio, a la hora de analizar la virtualidad jurídica de los primeros, se mantiene intacta.

Al resolver la crisis matrimonial el CCyC focaliza en los efectos para los integrantes de la familia y no en las causas de la ruptura. Es así que se pasa de un sistema de divorcio causado a un incausado- o sin expresión de causa-<sup>22</sup>.

¿Por qué focaliza en los efectos y no en las causas? Los Fundamentos del Anteproyecto nos dan la respuesta:

“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”<sup>23</sup>.

¿Qué significa que sea incausado? Marisa Herrera, integrante del equipo de redacción del Anteproyecto, al respecto expresa:

“Un matrimonio se celebra y se sostiene de a dos, por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea peticionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. El Código Civil y Comercial no obliga a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad "en nombre de la ley". Ello no solo viola el principio de libertad y autonomía, sino que podría agravar la conflictiva conyugal hasta

---

<sup>20</sup> La redacción actual empeora considerablemente la situación en torno al deber de cohabitación, al no prever excepción alguna como si lo establecía el art. 199 del Código derogado. En el texto definitivo obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito.

<sup>21</sup> HERRERA Marisa (2014), “La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar”, recuperado desde: <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod>

<sup>22</sup> DUPRAT Carolina, “Disolución del Matrimonio”, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa; LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, op.cit., p. 324.

alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica<sup>24</sup>.

Resulta obvia la perversidad de la atribución de culpas en un divorcio de todos ángulos en que se lo aprecie.

No es posible conocer realmente si hay único verdadero culpable, o si se han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en juicio<sup>25</sup> -lo cual nos lleva a firmar su dificultad probatoria en el ámbito procesal-.

Varios estudios interdisciplinarios han demostrado que no existe un culpable y un inocente, sino que ambos han contribuido – antes o después, en algún grado- a la crisis matrimonial<sup>26</sup>.

Su latente génesis perniciosa se maximiza a la luz del interés superior del niño, la determinación de un culpable es capaz de desestructurar a los hijos, es una fuente de exclusión y destrucción del grupo familiar. La culpa es un veneno que se destila en el corazón del niño obstaculizando el vínculo filial<sup>27</sup>. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial no la familia, el proyecto de vida en común se termina pero no sus funciones parentales conjuntas, ambos seguirán siendo padres solo que bajo una organización familiar diferente. Si lo que se pretende es que el cese de la comunidad de vida tenga la menor incidencia posible en la vida del niño garantizándole el derecho de comunicación con su progenitor no conviviente, resulta inescindible mantener una comunicación lo mas pacífica y fluida posible entre ambos padres y/o madres.

En suma, el régimen de divorcio incausado veda automáticamente el contenido legal de la fidelidad, su único interés y virtualidad queda circunscripta al ámbito ético<sup>28</sup>. ¿Tiene consecuencias jurídicas la infidelidad? No, tanto del análisis del art. 431 como de la lectura sistémica del CCyC, se puede concluir que la infidelidad no le interesa al ordenamiento jurídico.

La incoherencia normativa ahonda en la correlación entre la cohabitación y el divorcio incausado. Es aquí donde la perspectiva sistémica hecha sogá al pluralismo que exalta la doctrina de los derechos humanos ¿Cómo lo hace? Derogando el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal y atribuyéndole al divorcio un único efecto: la disolución del vínculo matrimonial.

### **3. La dicotomía entre la infidelidad y el daño jurídicamente reparable.**

La infidelidad, por si aun no ha quedado claro, no trae aparejada ninguna sanción civil: no puede ser causal de adulterio o injurias graves y no constituye un hecho antijurídico. Sin embargo, caben algunas aclaraciones para evitar hacer entrar por la ventana lo que se les cerró por la puerta a través de la acción de daños y perjuicios derivados del matrimonio, hacerle lugar importaría llevar a la justicia los motivos que provocaron la ruptura<sup>29</sup> con toda su punzante fuerza dañosa, tal como lo hacia el divorcio sanción.

---

<sup>24</sup> HERRERA Marisa, *La lógica del Código Civil y Comercial...*, op.cit.

<sup>25</sup> DUPRAT Carolina, op.cit., p. 349 y ss.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> HERRERA, Marisa, “El lugar de la Justicia...”, op.cit., p. 295.

<sup>29</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, citada por FLEITAS ORTIZ DE ROZAS Abel (2001), Responsabilidad por daños y perjuicio entre Cónyuges, *Revista de derecho de daños*, vol. 2, p. 167 y ss.

Si la ley tiene una importante función pedagógica que consiste en derogar el sistema de divorcio fundado en la noción de culpa, es justamente a razón de su alto impacto destructivo en la dinámica familiar<sup>30</sup>.

El rechazo de los daños derivados del divorcio no se agota en lo antedicho, ya en 1988 Cifuentes afirmaba que las expresiones del desamor no son indemnizables, “ni los incumplimientos que son expresión de la pérdida del vínculo afectivo, ni la frustración y pérdida propia del fracaso matrimonial, por lo que la sola violación del deber matrimonial no generaría reparación...suelen ser efectos de desencuentros afectivos, de la quiebra del proyecto común...muchas veces al conjuro de reacciones que ambos cónyuges realimentan”<sup>31</sup>

En este sentido, “hay dolores que no son jurídicos, son extrajurídicos, y la solución debe encontrarse, entonces, en otras áreas del saber”<sup>32</sup>.

Afirmar que los principios de la responsabilidad civil no actúan mecánicamente, no significa rechazar el andamiaje del derecho de daños en la órbita matrimonial, sino colocarlo en su justo lugar, es decir, que los mismos no avasallen las particularidades y especialidades del derecho de familia.

En conclusión, la lógica interna del nuevo articulado da por tierra la idea de que la infidelidad per se acarrea consecuencias jurídicas.

El estudio del derecho-deber moral de fidelidad ha traído a colación la puesta en crisis de otro derecho- deber matrimonial como lo es la convivencia que, si bien no ha sido analizada en profundidad por cuestiones de espacio, es dable afirmar que a su infracción se aplica el mismo desenlace, más allá de ser calificado como derecho-deber jurídico, si lo que se pretende es una interpretación constitucional-convencionalmente válida.

Si el desamor no es indemnizable, el deber de reparar no deriva mecánicamente de la infracción de tales derechos-deberes, sino del hecho de ser persona y ver vulnerados sus derechos, que lo afectan y agravan de manera directa<sup>33</sup>, como pueden ser los daños al honor y/o a la integridad física o psíquica, debiéndose probar a tal fin los elementos constituyen la responsabilidad civil, por lo cual se sale del campo de los daños derivados del divorcio para ingresar a otro campo de los daños derivados de los derechos personalísimos.

#### **4. Conclusiones:**

I. La doctrina de los derechos humanos nos impone un nuevo orden simbólico en torno a la sexualidad que nos aparta de la mirada tradicional del derecho de familia que gira en torno a ella.

II. El contenido y alcance de la fidelidad matrimonial es definida por sus propios protagonistas sobre la base del amor y respeto mutuo.

III. El nuevo CCyC viene a superar las tensiones constitucionales-convencionales en torno a los derechos-deberes personales del matrimonio y el divorcio.

---

<sup>30</sup> HERRERA Marisa (2014), “El nuevo Código y las diversas realidades familiares”, recuperado desde: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-nuevo-Codigo-y-las-diversas-realidades-familiares.-Por-Marisa-Herrera.pdf>

<sup>31</sup> CIFUENTES Santos citado por FLEITAS ORTIZ DE ROSAS Abel, op.cit., p.179.

<sup>32</sup> HERRERA Marisa (2014), “El nuevo Código y las diversas...”, op.cit.

<sup>33</sup> HERRERA Marisa, “El lugar de la Justicia...”, op.cit, p. 300



IV. El quid de la cuestión entre la fidelidad y la convivencia respecto de la responsabilidad está dada por la lectura sistémica de todo el articulado.

V. La mera infidelidad no constituye un hecho ilícito jurídicamente reparable.

VI. Negar la aplicación automática de los principios de la responsabilidad civil en el matrimonio, no significa dar por tierra el derecho de daños entre ambos integrantes de un matrimonio, sino que habrán de probarse los extremos del daño derivados del hecho de ser persona, es decir, los daños se encararan desde otra perspectiva más humanista. Una interpretación contraria sería contra legem, el fin último de la nueva legislación civil y comercial gira en torno a la importancia de atenuar o pacificar relaciones humanas –en este caso de familia– y no a estimularla.

### **Bibliografía**

DUPRAT Carolina, “Disolución del Matrimonio”, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa; LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, T.I, P.309-317

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS Abel (2001), Responsabilidad por daños y perjuicio entre Cónyuges, *Revista de derecho de daños*, Vol.2, p. 167-188

GIL DOMINGUEZ Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina Art. 75, inc. 22CN- Doctrina y Jurisprudencia*, 1ed. Bs. As., Ediar, 2007

GIL DOMINGUEZ Andrés, “Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda”, Bs. As Revista LA LEY, 2003

GIL DOMINGUEZ Andrés; FAMA María V.; HERRERA Marisa, *Derecho Constitucional de familia*, 1ª ed., Bs. As., Ediar, 2012, T.I

HERRERA Marisa (Dir.); CULACIATI Martin M. – RODRIGUEZ ITURBURU Mariana (coords.), *Teoría y práctica del derecho de familia hoy*, Bs. As, Eudeba, 2012

HERRERA Marisa (2013) Sobre familias en plural. Reformar para transformar, *Revista Jurídica UCES*, 17

HERRERA Marisa, “El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para comprender el régimen de divorcio incausado”, GRAHAM Marisa-HERRERA Marisa, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia una mirada crítica y contemporánea*, 1ª ed., CABA, Infojus, 2014, op.cit., p 275-323

HERRERA Marisa (2014), *La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar*, Recuperado desde: <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod>

HERRERA Marisa (2014), El nuevo Código y las diversas realidades familiares, Recuperado desde: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-nuevo-Codigo-y-las-diversas-realidades-familiares.-Por-Marisa-Herrera.pdf>

KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “capitulo introductorio”, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa; LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, op.cit., p. 9-94

KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, Graham Marisa - Herrera Marisa *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia una mirada crítica y contemporánea*, 1ª ed., CABA, Infojus, 2014, p 3-43.

KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “Claves para comprender la reforma del Código Civil en materia de familias”, IV Encuentro de jóvenes abogados en Derecho de Familia, CABA, UP Facultad de Derecho, 27/11/2014.

MOLINA DE JUAN Mariel, “Derechos y deberes de los cónyuges”, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa; LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de derecho de Familia...*, op.cit., p. 239-308