

EL DEBER MORAL DE FIDELIDAD EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Autor: María Soledad Tagliani y Cecilia Celeste Danesi*

Resumen:

El texto unificado regula el instituto del matrimonio desde la óptica de los principios de igualdad, autonomía de la voluntad y derecho a la intimidad. En ese contexto, el divorcio pasa a ser incausado y, en consecuencia, se reducen los deberes de los cónyuges, con el loable propósito de que cada pareja establezca sus propias reglas.

En este nuevo marco legal, indiscutiblemente aggiornato a la sociedad moderna, opinamos que el incumplimiento del deber moral de fidelidad (art. 431 CCCN) no puede configurar responsabilidad civil alguna, puesto que —entre otros argumentos— se encuentra ausente uno de los elementos constitutivos de aquélla: la antijuridicidad. Ello, siempre y cuando, ese incumplimiento no vulnere un derecho inherente a la persona (vgr. derecho al honor), en cuyo caso la calidad de cónyuge resulta irrelevante.

1. El deber de fidelidad en el Código de Vélez Sarsfield.

El deber de fidelidad conyugal plasmado en el art. 198 del Código Civil establecía que *"Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos"*, mientras que el art. 214 del cuerpo legal referido regulaba como una de las causales de divorcio vincular el adulterio (inc. 1° que remite al art. 202, inc. 1°).

En la legislación derogada entonces, resultaba indudable que los esposos se debían mutuamente fidelidad en sentido jurídico, es decir, como un deber cuyo incumplimiento podía dar lugar a un divorcio culpable por la causal subjetiva de adulterio —con las consecuencias que ello implicaba—.

Sin embargo, la cuestión se complicaba cuando uno de los esposos iniciaba una nueva relación sentimental o simplemente mantenía una relación carnal durante la separación de hecho.

En este sentido, nos encontrábamos con tres grandes corrientes.

La restrictiva, representada por el sector más conservador de la doctrina y jurisprudencia, se pronunciaba por la subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho¹.

* María Soledad Tagliani, Ayudante de segunda de la materia Obligaciones Civiles y Comerciales, Cátedra: Ameal-Nicoli. Cecilia Celeste Danesi, Ayudante de segunda de la materia Obligaciones Civiles y Comerciales, Cátedra: Wierzba-Calvo Costa.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, sala I, “G.,A.B. c/ A. C.,C.”, 11/07/2003, LLGran Cuyo 2003, 868, AR/JUR/2986/2003; CNCiv.: sala A, 13/7/2000, LA LEY, 2000-F, 106 y

La intermedia, argumentaba la existencia de un deber de fidelidad “atenuado”, circunstancia que sería merituada teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la separación de hecho y el supuesto adulterio.

Asimismo, esta última postura se subdividía entre aquellos que entendían que el tiempo oportuno era de tres años, ello tomando por analogía el plazo de tres años de la separación de hecho sin voluntad de unirse establecido por el legislador como causal de divorcio autónoma² (art. 214, inc. 2º del Código de Vélez); y los que sostenían que el deber de fidelidad cesaba una vez transcurridos dos años luego de la separación de hecho, ya que ese es el término que habilitaba a cualquiera de los cónyuges a pedir unilateralmente la separación personal (art. 204 del Código Velezano).

Finalmente, la corriente amplia —un tanto más acorde al contexto social actual— entendía que una vez acaecida la separación de hecho el deber de fidelidad cesaba de pleno derecho³.

En este contexto, se advierten las diversas dificultades que traía aparejada la legislación anterior al no representar la constante evolución de los proyectos de vida familiares, circunstancia que evidenciaba la necesidad de un cambio legislativo en este sentido.

2. El deber de fidelidad en el nuevo Código Civil.

La nueva legislación que entró en vigencia el 1º de agosto pasado, da por tierra con aquellos debates interpretativos al desterrar las causales subjetivas del divorcio vincular. De este modo, no hay referencia alguna a la culpabilidad de los cónyuges, dando así paso a un divorcio incausado que puede decretarse por petición de uno o ambos cónyuges (arts. 437 y 438 del CCCN).

En consecuencia, quedan superadas todas las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la subsistencia o no del deber de fidelidad durante la separación de hecho de los cónyuges, tornándose inadmisibile el análisis de las causas que llevaron a la ruptura matrimonial, que tantas dificultades trajo.

Sin embargo, y si bien el nuevo código es terminantemente claro en este sentido, la redacción del art. 431 presenta cierta inconsistencia⁴ cuando regula sobre los derechos y deberes de los cónyuges, más precisamente al referirse al “deber moral de fidelidad”.

DJ, 2000-3-676; CNCiv., sala B, 6/3/1997, LA LEY, 1998-D-728, entre otros; Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio Civil*, Astrea, 1991, p. 249; Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, 2011, p. 359; entre otros.

² BORDA, Guillermo A., *Separación de hecho y deber de fidelidad*, LA LEY, 1996-B, 893.

³ ZANNONI, Eduardo A. y BISCARO, Beatriz R., *Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho*, JA, 1995-III-355; MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, 2006, p. 507; CNCiv., sala B, 06/08/2010, La Ley Online; CNCiv., sala H, 16/06/2011, La Ley Online; CNCiv.; del voto en disidencia de la Dra. Highton de Nolasco, LA LEY, 1996-B, 698 y JA, 1995-III-350; G.A.B. c/ A.C.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código*, La ley, 2/07/2015, LA LEY 2015-C , 1280, AR/DOC/1993/2015.

En este sentido, la norma referida expresa *“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”*.

Como es por todos sabido, en la redacción original de este artículo no se mencionaba a la fidelidad como deber ni jurídico ni moral, sino que únicamente se hacía referencia al deber de asistencia recíproca de los cónyuges. Sin embargo, y debido a una transacción con la Iglesia Católica, se “retocó” la norma y en la elaboración del anteproyecto se incorporó este famoso “deber moral de fidelidad”.

3. Principios rectores de la norma

En los fundamentos del nuevo Código Civil —herramienta útil para desentrañar el espíritu de la reforma— puede leerse lo siguiente

La llamada “constitucionalización del derecho civil” y la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el Derecho de familia. El anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de la “democratización de la familia”... El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial... 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...

Como se ve, los principios rectores que deben guiar la interpretación de la regulación del matrimonio son la igualdad, la libertad y la autonomía de la voluntad. Se privilegia entonces la autonomía personal en la vida matrimonial, receptando de este modo lo sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, donde expresó *“El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones 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, que se proyecta en toda la Convención Americana”*⁵.

El nuevo código reconoce al matrimonio como un potente cauce para la realización del proyecto de vida de sus miembros, que trasciende el destino impuesto por la tradición, orientado a la procreación y la educación de los hijos. La nota definitoria del matrimonio es, pues, ser una comunidad de vida sustentada en el apoyo mutuo, la contención y la búsqueda de bienestar de sus integrantes⁶.

La reforma plasmó entonces un aire renovador a la nueva legislación. Un cambio de paradigma que hace rato se viene gestando en la sociedad y a la que el derecho no puede darle la espalda.

La carta Magna y sus preceptos de libertad nos conducen a afirmar que la base y sustancia del matrimonio están implícitas en cada proyecto de vida, y no es necesario ni aconsejable que el legislador imponga un modelo de vida determinado. Se trata de un “giro copernicano” cuyo peso central es asegurar los beneficios de la libertad y la

⁵ Artavia Murillo vs. Costa Rica”, 28/11/2012.

⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Directores: HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Infojus, T. II, p. 49.

intimidad en los términos del art. 19 de la CN. Desde este punto de vista, se privilegian los derechos individuales a un proyecto de vida autorreferencial que merece reconocimiento por el hecho de ser tal y con independencia de su contenido, más que en los derivados de una idea institucional de familia con un perfil definido al servicio de determinados fines sociales⁷.

En consecuencia, en palabras de la propia integrante de la Comisión reformadora del código “*La familia es el instrumento ofrecido a cada uno de los integrantes para el desarrollo de su personalidad. El matrimonio no es una fusión sino una unión*”⁸.

4. El incumplimiento del llamado “deber moral de fidelidad”.

Uno de los puntos controvertidos por la doctrina es si del incumplimiento del deber moral de fidelidad puede surgir la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios.

Por lo tanto, de lo que se trata es de comprender en qué medida los principios de la responsabilidad civil se aplican al derecho de familia, específicamente, al ahora llamado “deber moral de fidelidad”.

En este sentido, existen dos posturas bien diferenciadas.

El primer sector argumenta que si bien el incumplimiento de este deber no tendrá consecuencias en el orden del divorcio vincular porque se eliminaron las causales subjetivas, lo cierto es que puede dar lugar a la reparación de los daños y perjuicios ya que la falta de fidelidad es un daño indemnizable siempre que se acrediten los presupuestos de la responsabilidad, pero no como una sanción por la conducta sino como un mecanismo de reparación de los perjuicios causados⁹.

En esta misma línea, se dice que la inexigibilidad jurídica del deber de fidelidad impide al cónyuge afectado protegerse de la infracción y el agravio subsecuente, violentándose de este modo los principios de *honeste vivere* (vivir honestamente) y *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro, pilar del derecho romano que ha inspirado nuestra legislación¹⁰.

Úrsula Basset sostiene que el nuevo código deja abierta la puerta a la posibilidad de efectuar un reclamo frente a un daño cierto ocasionado a uno de los cónyuges, imputable al otro y que guarde relación de causalidad adecuada con la infracción de alguno de los derechos-deberes señalados en la norma¹¹.

⁷ LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial universidad, 2009; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 358/506, citados en ORLANDI, Olga E., *Matrimonio: los principales cambios en el derecho sancionado*, publicado en Código Civil y Comercial de la Nación, suplemento especial: Familia, Directoras: Marisa Herrera y Aída Kemelmajer de Carlucci, La Ley, diciembre 2014.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La Autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino*, publicado en Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Gráfica Campichuelo, Buenos Aires, 2014.

⁹ MEDINA, Graciela, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Director: Julio César Rivera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 323/324.

¹⁰ STAROPOLI, María del Carmen, *El deber de fidelidad en el proyecto*, publicado en DFyP, 14/3/2014, AR/DOC/4120/2013.

¹¹ BASSET, Úrsula, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Director: ALTERINI, Jorge H., La Ley, Buenos Aires, 2015, T. III, p. 135.

Por su parte, Luis Ugarte se pregunta: si la fidelidad ha dejado de ser un deber jurídico ¿cuál sería la razón de su inclusión en el Código? Concluyendo que su incorporación debe generar algún efecto, ello por cuanto “*a veces la regla moral incumplida genera consecuencias jurídicas (art. 10 del CCCN)*”. Asimismo, agrega que el incumplimiento del deber moral de fidelidad puede ser considerado injuria o lesión al honor encuadrando en causas de ingratitud e indignidad (arts. 1571 y 2281 CCCN), por lo que se incurriría en antijuridicidad y por lo tanto generaría obligación de reparar¹².

Paralelamente, se alega que “*las normas sobre derechos y deberes de los cónyuges son de orden público, ajenas a la voluntad de los esposos dada esta trascendencia del matrimonio para la sociedad, pero la fuente inmediata en que nacen es la voluntad de los contrayentes expresada en su consentimiento matrimonial*”. Por ello, aducen que la modificación que trae la nueva normativa, estaría violando dicho principio y que sería objeto de futuras inconstitucionalidades¹³.

Mientras que otro sector de la doctrina entiende lo contrario. Manifiestan que sería un contrasentido tener por cierta la crisis del concepto de culpa en el divorcio y autorizar al mismo tiempo que se filtre la responsabilidad fundada en una sentencia de culpabilidad exclusiva del cónyuge ofensor.

Dicho en otras palabras, la admisibilidad de los daños en el divorcio va en contra de la tendencia más moderna que, en forma genérica, no busca un culpable del divorcio sino que habla de responsabilidad compartida o ruptura irreversible del matrimonio¹⁴.

Son las propias responsables de la redacción de este título del código quienes expresan que “*es erróneo sostener que la “violación” del deber de fidelidad o de convivencia son ataques al honor, configuran lesiones o constituyen injurias reparables...*”¹⁵. Posición reforzada por la Dra. Marisa Herrera quien afirma que al ser la fidelidad un deber moral, su incumplimiento no puede traer aparejada ninguna sanción civil, como ser causal de divorcio por adulterio o, en su defecto, injurias graves, así como tampoco puede generar una reparación de daños y perjuicios, ya que no estamos más frente a un hecho ilícito o antijurídico¹⁶.

¹² UGARTE, Luis, *Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica*, LA LEY 2015-C, 992, AR/DOC/1878/2015.

¹³ MENDEZ COSTA, María J., *Derecho de Familia*, T. II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1990, pág.18, cita extraída: Estudio del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación en Materia de Derecho de Familia. Academia Nacional De Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, octubre de 2012, <http://www.acaderc.org.ar/estudio-del-proyecto-de-unificaciondel-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-materia-de-derecho-de-familia> (consultado 28 de marzo de 2015), citado en SANCHEZ, Lorena A., *El deber moral de fidelidad en el nuevo Código*, La Ley, 17/06/2015, AR/DOC/1219/2015.

¹⁴ OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, *El riesgo de generalizar la aplicación de indemnizaciones dinerarias en caso de ruptura de esponsales y divorcio*, JA, 1993-I-760.

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, ob. cit.

¹⁶ HERRERA, Marisa, *El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avvicina*, Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Gráfica Campichuelo, Buenos Aires, julio 2014, Id Infojus: DACF140464. En igual sentido, URBINA, Paola, en *Código Civil y comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, Director: CALVO COSTA, Carlos A., La Ley, Buenos Aires, 2015, T. I, pág. 377; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Lineamientos generales del derecho de familia en el proyecto de Código Civil y comercial Unificado* (¿Por qué no

En esta misma línea argumental, se expresa que los únicos daños que se pueden invocar son aquellos que se conectan con la teoría general de la responsabilidad, afectando al cónyuge por el sólo hecho de ser persona¹⁷.

En este punto, y si bien algunos autores critican fuertemente la supresión del deber de fidelidad, no obstante admiten que su incumplimiento no generará consecuencias jurídicas¹⁸.

De esta manera, puede observarse que el debate interpretativo en torno a esta materia, en el fondo, gira en torno a los preconceptos morales y religiosos de cada sujeto, sin tener en cuenta la evolución de la sociedad.

Frente a ello, resulta oportuno recordar que en los siglos XIX y XX perduró en Occidente un concepto de familia "ideal" caracterizada por un matrimonio monogámico y sus hijos, en un hogar, donde sexualidad, procreación y convivencia, coinciden en el espacio privado del ámbito doméstico.

La cara negativa de esta "familia normal" era que dejaba por fuera de ella, todas las relaciones y formas de organización de los vínculos familiares, otras sexualidades, y otras maneras de llevar adelante la procreación. En el siglo XXI debemos aceptar que se dan aires renovadores del concepto de "familia" y sus distintas formas de convivencia y relacionarse.

Lo que para algunos es una "crisis" de la familia tradicional, para otros es germen de innovación y creatividad social. No debemos olvidarnos de la intimidad y del sentido común, debiendo el deber de fidelidad adaptarse a estos cambios y a estas épocas que nos tocan vivir. Reflejan y acompañan la mutación del concepto de "familia tradicional y normal", los fallos recientes de la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, atenuando la aplicación del deber de fidelidad a ultranza, cuando los cónyuges se hallan separados voluntariamente o aceptada la separación, donde la doctrina de los actos privados prevalece sobre la clásica concepción del deber de fidelidad¹⁹.

En este sentido, entendemos que la respuesta al interrogante acerca de si el incumplimiento del deber moral de fidelidad puede o no generar consecuencias jurídicas, surge claramente de los fundamentos de la nueva legislación los que resultan reveladores de la verdadera intención del legislador al establecer:

Se regulan sólo los deberes y derechos estrictamente jurídicos, es decir, aquellos cuyo incumplimiento genere consecuencias en ese plano. Los derechos y deberes de carácter moral o éticos quedan reservados al ámbito privado... Los daños que puedan 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.

al maquillaje?), en Revista de Derecho Privado Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 307.

¹⁷ HERRERA, Marisa en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, T. II, p. 682; SANCHEZ, Lorena A., ob. cit.; SOLARI, Néstor E., *Los daños en las relaciones de Familia*, Revista de Derecho de Daños, 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, p. 540, entre otros.

¹⁸ SAMBRIZZI, Eduardo, *Cuestionamiento moral sobre distintos aspectos del divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 19/03/2015, AR/DOC/722/2015.

¹⁹ CNCiv., sala B, 6/08/2010, La Ley online, "R., J. c. H., A. C.", JA 2011-I, 588, AR/JUR/51301/2010; sala B, 29/09/2006, "Y., A. M. c. V., D.", La Ley online, AR/JUR/5786/2006; Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, sala I, "G., A. B. c/ A. C., C.", 11/07/2003, LLGran Cuyo 2003, 868, AR/JUR/2986/2003, entre otros.

De este modo, podemos afirmar que la fidelidad no se encuentra ínsita en el matrimonio como un derecho-deber en sentido jurídico sino como una elección del proyecto de vida seguido por los cónyuges.

La fidelidad entonces, tiene un carácter estrictamente personalísimo, que lleva a la imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado, lo que mermaría la libertad personal de los esposos²⁰.

Ello no implica que la ley promueva un matrimonio en el que no se respeten los compromisos asumidos, ni que propicie conductas reñidas con ciertas pautas culturales que para algunos aún continúan vigentes, o que la conciencia social reprocha o subestima. Simplemente, lo que la norma reconoce es que la fidelidad está incluida en el propio proyecto acordado por los cónyuges, pero que no puede ser impuesta por el ordenamiento jurídico, porque trasciende su ámbito de incumbencia²¹.

Distintos tratados de derechos humanos, como la Convención Europea y la Interamericana, incorporaron expresamente el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar. Estos lineamientos fueron seguidos por el nuevo código, al centrarse en la persona como titular del derecho a vivir en familia en la forma y condiciones elegidas por cada uno de los cónyuges, ello de acuerdo a su propia ética y moral, sin que el Estado puede inmiscuirse señalando cuál es el modelo de familia “correcto” a seguir.

Una de las pautas básicas en la elaboración del nuevo derecho de familia ha sido el respeto por todas las formas de familia. Por ello, se ha elaborado un sistema lo suficientemente neutro para acoger a los opuestos modelos familiares que conviven en la sociedad del siglo XXI²².

Desde este punto de vista, la nueva regulación entiende que la fidelidad forma parte del conjunto de decisiones personales que caen bajo el principio de reserva que prevé el art. 19 de la CN²³. En consonancia con tal criterio, se advierte que el texto original del nuevo código ni siquiera mencionaba a la fidelidad en la regulación de los derechos-deberes de los cónyuges. Sin embargo, y aunque la intromisión de la Iglesia Católica haya dado como resultado la incorporación de un deber moral de fidelidad, ello no cambia las cosas.

Es que si bien no desconocemos que no es propio de un Código Civil la regulación de cuestiones que hacen a la ética y a la moral de una persona, está claro que en el contexto de su incorporación, la inclusión de la palabra “moral” no fue casualidad.

Una de las acepciones brindadas por el Diccionario de la Real Academia española al adjetivo moral es “*Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano*”²⁴.

²⁰ DE VERDA Y BELMONTE, José R., *Responsabilidad Civil y divorcio en el derecho español: Resarcimiento del daño moral derivaron del incumplimiento de los deberes conyugales*, La Ley N° 6676, 21/03/2007, Ref. D-70, La Ley 1163/2007.

²¹ MOLINA DE JUAN, Mariel, ob. cit.

²² MEDINA, Graciela, *Claves del derecho de familia en el Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Privado y comunitario, número extraordinario, Santa Fe, 2015, Rubinal-Culzoni, p. 33.

²³ HERRERA, Marisa, *El Lugar de la justicia...*, ob. cit.

²⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=moral>

De ello se deduce con claridad que en modo alguno el incumplimiento de un deber moral puede traer aparejado consecuencias jurídicas, puesto que la moral depende de las creencias de cada sujeto y de la vida de pareja que cada uno elige llevar adelante.

El mero acto físico del adulterio se identifica cada vez más con un dilema fundamentalmente moral o ético, perteneciente a la esfera íntima y privada de los particulares. De este modo, reafirmamos que no corresponde el resarcimiento de los perjuicios derivados de la infidelidad.

Una interpretación contraria únicamente puede basarse en conceptos éticos y religiosos que no necesariamente deben ser compartidos por el resto de la sociedad y mucho menos deben encontrarse presentes en una legislación.

Por otra parte, no debe olvidarse que al derogarse el sistema de divorcio subjetivo, el incumplimiento del pacto de fidelidad no puede hacer nacer el derecho a peticionar el divorcio por alguna causal subjetiva, ya que tal derecho-deber quedaría automáticamente vacío de contenido legal, siendo su interés meramente ético o moral²⁵.

En otras palabras, existe una vinculación entre el divorcio incausado y la falta de obligatoriedad del deber de fidelidad conyugal.

Sobre la base de lo expuesto, y si bien no negamos que una infidelidad cometida en un matrimonio que asumió el compromiso ético de ajustarse a este deber, puede generar algún tipo de sufrimiento en el “engañado”, ello no implica que deba indemnizarse ese perjuicio puesto que no se trata de la infracción a un precepto jurídico. La responsabilidad civil jamás podría configurarse debido a que carece de uno de sus elementos esenciales: la antijuridicidad.

Paralelamente, cabe destacar que no todo daño moral debe ser jurídicamente resarcido: a nadie se le ocurriría concurrir a los tribunales para demandar por daños y perjuicios a un amigo que lo traicionó, por la desazón de no obtener un empleo, por un desengaño amoroso, etc.; no existe un derecho general a la felicidad que pueda ser ejercitado ni siquiera en el ámbito propio del matrimonio.

Y en esta línea de pensamiento, opinamos que el dolor ocasionado por la infidelidad del cónyuge no debe ser indemnizado, ya que el comportamiento infiel no es un acto antijurídico y, además, constituye el riesgo propio y asumido de mantener una relación de pareja.

Todo ello, sin soslayar que uno o varios hechos dañosos causados por un cónyuge al otro puedan ser jurídicamente reparables por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil, como por ejemplo, los ataques al honor, a la intimidad, a la libertad personal, etc. Lo que ocurre, es que en estos casos el fundamento de la responsabilidad estaría dado por el daño ocasionado a la persona y no por su calidad de cónyuge.

En consecuencia, el *alterum non laedere* (art. 19 de la CN) no se diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio, sino que únicamente podría configurarse responsabilidad civil al conculcarse un derecho a la persona por su calidad de tal y no por el vínculo matrimonial que la une al ofensor.

5. Conclusión.

²⁵ HERRERA, Marisa, *El lugar de la justicia...*, ob. cit.

Como se desprende de todo lo expuesto en este trabajo, la constante evolución de la sociedad nos presenta una nueva realidad familiar constituida por diversos modelos de familia que no se encontraban amparadas por el Código de Vélez.

Esta situación impuso la necesidad de una adecuación de la legislación a fin de lograr la “Protección integral de la familia” reconocida por el art. 14 bis de nuestra CN.

De ese modo, la nueva legislación introdujo modificaciones sustanciales en materia de divorcio las que necesariamente repercutieron en los derechos-deberes de los cónyuges a fin de lograr una normativa coherente en todo el sistema.

Los principales cambios tienen como eje rector los principios de igualdad, autonomía de la voluntad y desarrollo de la personalidad de cada integrante del matrimonio. En consonancia con ello, se regula un sistema de divorcio incausado (art. 437 CCCN) con la necesaria consecuencia de la eliminación del deber jurídico de fidelidad, regulándose ahora simplemente como un “deber moral” que dependerá del modelo de matrimonio que cada uno decida seguir. Es que sería un contrasentido eliminar la culpa en un proceso de divorcio y por otro lado hacerla aparecer en un eventual juicio de responsabilidad civil entre esposos.

En este contexto, entendemos que el incumplimiento del deber moral de fidelidad no puede constituir ilícito alguno. De esta manera se da por tierra con la posibilidad de obtener una indemnización de daños y perjuicios, principalmente porque se encuentra ausente la antijuridicidad, presupuesto necesario de la responsabilidad civil.

Todo ello, sin soslayar que uno o varios hechos dañosos causados por un cónyuge al otro puedan ser jurídicamente reparables por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil, como por ejemplo, los ataques al honor, a la intimidad, a la libertad personal, etc. Lo que ocurre, es que en estos casos el fundamento de la responsabilidad estaría dado por el daño ocasionado a la persona y no por su calidad de cónyuge.

En consecuencia, el *alterum non laedere* (art. 19 de la CN) no se diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio, sino que únicamente podría configurarse responsabilidad civil al conculcarse un derecho a la persona por su calidad de tal y no por el vínculo matrimonial que la une al ofensor.

Cualquier interpretación contraria pone en evidencia que, una vez más, nos encontramos en una dicotomía entre el derecho matrimonial coercitivo, apoyado en dogmas religiosos y con buena dosis de hipocresía, frente a un derecho flexible, dinámico y dispuesto a aceptar las nuevas realidades familiares.

Por eso pensamos que si bien es cierto que el ser humano es resistente a los cambios, como animales sociales debemos adaptarnos a ellos, fundamentalmente porque este proceso de transformación del derecho no fue súbito, sino que resultó de la maduración y evolución de la sociedad que pidió un cambio de paradigma en la regulación de las relaciones sociales.

*“Alguien que piensa con libertad, recorre anticipadamente la evolución de las generaciones enteras”*²⁶.

²⁶ Nietzsche, Friedrich, Aforismos, citado en http://www.falacia.es/pagina_nueva_41.htm.