

La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial argentino

The legality of the fidelity moral duty:
An analysis of its regulation in the Argentine
Civil and Commercial Code

*Analucía Torres Flor*¹

¹Universidad Católica San Pablo, Perú

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-47198646>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1706>

RESUMEN: Conforme al artículo 431° del Código Civil y Comercial argentino, “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 ayuda mutua.” En este sentido, nos encontramos frente a una nueva regulación que diferencia entre derechos-deberes propiamente jurídicos y un derecho-deber moral: el deber de fidelidad. Por su parte, la doctrina jurídica argentina, discute si además de su carácter moral, el deber de fidelidad, tendría carácter jurídico o si se trata de un deber estrictamente moral y, por tanto, no generaría ninguna clase de efectos jurídicos. Por otro lado, si la regulación del deber de fidelidad en el CCyC es indubitadamente moral, ¿Cuál (es) son/es la(s) razón (es) de tan controvertidas interpretaciones? ¿El deber de fidelidad tiene carácter estrictamente moral, tiene carácter moral y además jurídico?

PALABRAS CLAVE: matrimonio - deberes conyugales - deber moral de fidelidad.

Recibido: 29/08/18. Evaluado: 08/10. Aprobado: /10/18

ABSTRACT: According to article 431° of the Argentine Civil and Commercial Code, “The spouses commit themselves to develop a common life project based on cooperation, cohabitation and the moral duty of fidelity. Mutual help should be given.” Therefore, we are faced with a new regulation that distinguishes between legally-specific rights-duties and a moral right-duty: the duty of fidelity. On his behalf, the Argentine legal doctrine, discusses if the duty of fidelity, besides to its moral character, would be legal or if it is a strictly moral duty and therefore, would not generate any kind of legal effects.

On the other hand, if the regulation of the duty of fidelity in the Argentine Civil and Commercial Code is undoubtedly moral, which are the reasons of such controversial interpretations? Does the duty of fidelity have a strictly moral character; is it moral and also legal?

KEY WORDS: marriage- marital duties- moral fidelity duty.

SUMARIO: Introducción. **1.** La regulación del deber de fidelidad en el ordenamiento jurídico argentino: Del deber jurídico al deber moral. **2.** El deber de fidelidad en el ordenamiento jurídico argentino vigente: Un deber moral con plenas consecuencias jurídicas. **3.** Del deber jurídico de fidelidad al deber moral de fidelidad: Un análisis de los Fundamentos del cambio de regulación. **4.** El deber de fidelidad considerado como moral y jurídico o como estrictamente jurídico: Reflexiones finales. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

En el siguiente artículo de investigación, se propone analizar el deber de fidelidad en el matrimonio conforme al Derecho de Familia y a la regulación del artículo 431° del Código Civil y Comercial de la Nación² (CCyC), con la finalidad de analizar si ese deber, es moral o jurídico.

Al respecto debemos señalar que una revisión de la doctrina jurídica nacional sobre el tratamiento del deber de fidelidad en el Código Civil y Comercial conduce a identificar dos posturas: por un lado, aquella que considera que además de su carácter moral, debería ser considerado también como un deber jurídico³, y por otro lado, aquella que considera que conforme a su regulación en el CCyC, el deber de fidelidad es estrictamente moral y por tanto no tendría consecuencias jurídicas.⁴

² Vigente desde el 1 de agosto de 2015.

³ Para consultar la postura que considera al deber de fidelidad como moral y jurídico: Cfr. 1) Óscar Perrino, *Derecho de Familia Tomo I*, dirigido por Úrsula Basset (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017), aplicación Proview. Capítulo XXIII Efectos personales del matrimonio I. Análisis y características. (506-507) 2) Úrsula Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, en: *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo III*, dirección general por Jorge H. e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset (Buenos Aires: La Ley, 2016), 165-203. 3) Graciela Medina y Julio César Rivera, *Derecho de Familia* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017) aplicación Proview. 1. Efectos personales del matrimonio - 7. El deber de fidelidad. 4) Graciela Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, *LA LEY RCyS y DFyP*, mayo (2017): 1-7. 5) Luis Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *LA LEY DFyP*, agosto (2015): 1-19. 6) Aldo Marcelo Azar y Federico Alejandro Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños” *LA LEY* (2016): 1-11.

Para consultar la postura que considera al deber de fidelidad como estrictamente moral: Cfr. 1) Néstor Solari, *Derecho de las Familias* (Buenos Aires: La Ley, 2015), 67. 2) Marisa Herrera, *Manual de Derecho de las Familias* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015), 158-160. 3) Marisa Herrera, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Tomo II*, dirigido por Ricardo Lorenzetti (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015), 679-681. 4) Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición” en *Código civil y comercial comentado Tratado exegético Tomo III*, dirección general por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset (Buenos Aires: La Ley, 2016), 203-204. 5) Mariana De Lorenzi, “Tercera parte El Derecho de familia entre lo público y lo privado”, en *Tratado de Derecho de Familia Tomo I Una introducción al estudio del Derecho de Familia*, dirigido por Adriana Krasnow (Ciudad autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015), 184-185. 6) Jorge Azpiri, *Derecho de Familia* (Argentina: Hammurabi, 2016), 119. 7) Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Fabián Faraoni, “Capítulo I Matrimonio”, en *Tratado de derecho de Familia Tomo V-A*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014), 32.

⁴ Para consultar la postura que considera al deber de fidelidad como estrictamente moral: Cfr. 1) Solari, *Derecho...*, 2) Herrera, *Manual...*, 158-160. 3) Herrera, “Capítulo 7 Derechos y Deberes de los cónyuges”, 679-681. 4) Alterini, Jorge H. e Ignacio E. Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición”, 203-

No obstante, si la regulación del deber de fidelidad en el CCyC es indubitadamente moral, ¿Cuál (es) son/es la(s) razón (es) de tan controvertidas interpretaciones? ¿El deber de fidelidad tiene carácter estrictamente moral, tiene carácter moral y además jurídico?

Para responder a estas cuestiones, se propone el siguiente camino metodológico. En el primer apartado, se analiza la regulación del deber de fidelidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, así como los fundamentos manifestados en el Anteproyecto. Este análisis conduce a revisar la regulación del deber de fidelidad en el Código Civil de Vélez, así como comparar ambas regulaciones y determinar las principales diferencias.

En un segundo apartado, se analizan -si como refiere una de las posturas identificadas-, el deber moral de fidelidad, conforme a la regulación vigente, no despliega ningún tipo de consecuencias jurídicas.⁵

En el tercer apartado se analizan los argumentos que fundamentarían este cambio en la regulación vigente. Finalmente, en el último apartado, se reflexiona sobre el carácter moral o jurídico del deber de fidelidad.

204. 5) De Lorenzi, “Tercera parte El Derecho de familia entre lo público y lo privado”, 184-185. 6) Azpiri, *Derecho...*, 119.

⁵ Conviene aclarar que la cuestión del daño moral derivada del incumplimiento del deber moral de fidelidad es abordada someramente, como posible efecto del deber de fidelidad.

Al respecto, se advierten dos posturas, una que considera que los daños que genera el incumplimiento del deber moral de fidelidad son resarcibles, y otra para la que su carácter estrictamente moral, excluiría toda posibilidad de reclamar daños. En esta segunda postura, algunos reconocen que un hecho o varios ocasionados por uno de los cónyuges, puede generar un daño jurídicamente reparable en aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil.

Para profundizar en los argumentos de la primera postura, consultar: 1) Perrino, *Derecho... de Familia*, aplicación Proview. Capítulo XXIII Efectos personales del matrimonio I. Análisis y características. (506-507) II. Deberes que genera el matrimonio. 516. Sanción por el incumplimiento de la fidelidad. 517. 2) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 182-194. 3) Jorge Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, *El Derecho Familia* 61/-3 (2015): 1-10. 4) Marcos Córdoba, “Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales”, *LA LEY DFyP* (2017): 1-6. 5) Marcos Córdoba, “Daños y familia”, *LA LEY* (2016-A): 1-5.

Asimismo, cabe distinguir a quiénes, dentro de esta misma postura, inciden en que el deber moral de fidelidad constituye un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, y por tanto, constituye un daño resarcible que, debe ser plenamente reparado: Cfr. 1) Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, 1-7. 2) Medina y Rivera, *Derecho...*, aplicación Proview Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 6. Los daños y perjuicios. 3) Azar y Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, 1-11. 4) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 1-19.

Para consultar los argumentos de la segunda postura. Ver: 1) Solari, *Derecho...*, 69. 2) Herrera, *Manual...*, 158. 3) Alterini y Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición”, 203-204. 4) Adriana Krasnow, “Capítulo V El matrimonio estado y sus efectos personales” en *Tratado de Derecho de Familia Tomo II*, dirigido por Adriana Krasnow (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015), 255. 5) Carolina Duprat, “Capítulo 8 Disolución del Matrimonio Sección 2ª Divorcio”, en *Tratado de derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014 Tomo I arts. 401 a 508*, dirigido por Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014), 359.

Para revisar, los argumentos de quienes, dentro de la segunda postura, sostienen que pueden generarse daños jurídicamente reparables por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, consultar: 1) Kemelmajer, Lloveras y Faraoni, “Capítulo I Matrimonio”, 32. 2) Herrera, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 682.

1.

LA REGULACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO: DEL DEBER JURÍDICO AL DEBER MORAL

Como se adelantó, el artículo 431° del CCyC refiere a la fidelidad como un deber moral, no obstante, el texto originario que contiene el proyecto del CCyC suprimía toda referencia expresa al deber de fidelidad y la cohabitación.

Por su parte, para los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC, el artículo 431° de la regulación civil vigente: "...regula los deberes 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."⁶

Consecuentemente, conforme a estas afirmaciones, el incumplimiento del deber moral de fidelidad, no generaría consecuencias jurídicas. No obstante, se reconoce su alto valor axiológico, justificando su ausencia de regulación jurídica, con la coherencia que exigiría un régimen incausado de divorcio.⁷ En este sentido, la gran cuestión es si su carácter moral excluye su juridicidad. Por tanto, resulta ineludible cuestionar la finalidad del legislador cuando, sin suprimir el deber de fidelidad, le atribuye carácter moral. Más aún, si consideramos que durante la vigencia del Código Civil de Vélez (CC), el artículo 198°, regulaba que: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos".

En este contexto, el deber de fidelidad, efecto esencial del matrimonio y consecuencia lógica de su regulación monogámica⁸, imposibilitaba contraer simultáneamente más de un vínculo matrimonial válido. La fidelidad consiste en la exigencia que ambos cónyuges se abstengan de mantener relaciones específicamente reservadas a los esposos, con terceros.⁹ El deber de fidelidad regulado en el CC, tuvo como notas distintivas: su carácter recíproco incompensable y permanente. Si bien, el carácter incompensable de la fidelidad, no fue legalmente prevista, es evidente que la infidelidad de uno de los cónyuges no autorizaba la

⁶ "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora", Fundamentos del Anteproyecto, acceso el 10 de mayo de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primer.pdf>

⁷ Fundamentos del Anteproyecto, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora". Acceso el 10 de mayo de 2017. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primer.pdf>

⁸ Cfr. Augusto Belluscio, *Derecho de Familia Tomo II Matrimonio* (Buenos Aires: Depalma, 1976), 332.

⁹ Cfr. Jorge Mazzinghi, *Tratado de derecho de Familia Tomo 2 Efectos personales y regímenes de bienes del matrimonio* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 33.

infidelidad del otro. Por tanto, el cónyuge perjudicado con la infidelidad podía reclamar la separación legal o el divorcio, e incluso, la reparación del daño moral que hubiere sufrido.¹⁰

En este sentido, resulta evidente que, en el código civil velezano, la juridicidad del deber de fidelidad era indiscutible y como tal, su incumplimiento determinaba una serie de consecuencias jurídicas sufridas por el cónyuge culpable a favor del cónyuge ofendido. Por ello, se concluye que el deber de fidelidad en el CC era un derecho-deber jurídico. Éste, junto al derecho-deber de cohabitación, asistencia y el alimentario, conformaban el contenido del estado matrimonial. La regulación de estos derechos-deberes, no se hallaba librada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino más bien, impuesta por las normas legales. Sobre esto, es pertinente recordar que la mayor parte de normas que rigen el matrimonio, son normas de orden público, es decir poseen carácter imperativo.

Consecuentemente, durante la vigencia del CC, ni si quiera el mutuo consentimiento de los cónyuges podía eximirlos de su estricto cumplimiento. Aunque si en los hechos, ambos cónyuges realizaban pactos de “libertad”, el resultado era el de la liberación recíproca, y en el divorcio, el de la culpa de ambos.¹¹ Por tanto, el incumplimiento de alguno (s) de los deberes conyugales, generaba determinadas consecuencias jurídicas, las cuales se pueden simplificar en la sanción de declaración de culpa en el proceso de separación personal o de divorcio. Más aun, la inobservancia de uno o más deberes conyugales podía generar la obligación de reparar los daños que, el cónyuge culpable hubiera ocasionado al cónyuge inocente.¹²

Por su parte, la nueva regulación del CCyC se sostiene sobre el proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y el deber de prestarse ayuda mutua. En este sentido, el CCyC, distingue entre los derechos-deberes conyugales propiamente jurídicos y un deber de fidelidad que se encontraría reservado al ámbito estrictamente privado, por tanto, su incumplimiento no generaría ningún tipo de consecuencias jurídicas. La intención del legislador es indudable: confinar el deber de fidelidad al ámbito estrictamente moral, despojarlo de juridicidad, y por tanto de toda clase de consecuencias jurídicas. No obstante, la relevancia jurídica del deber de fidelidad se refleja, en las normas que regulan las relaciones de familia del libro segundo del CCyC, como se desarrolla a continuación.

¹⁰ Cfr. Mazzinghi, *Tratado...*, 38.

¹¹ Cfr. Úrsula Basset, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, *LA LEY*. Volumen: 2012-D, Suplemento del 5/09/2012 (2012): 1-5.

¹² Al respecto, el Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, “G., G.G. c/B de G., S.A.”, de fecha 20 de setiembre de 1994, estableció la reparación de daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de divorcio.

2.

EL DEBER DE FIDELIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO VIGENTE: UN DEBER MORAL CON PLENAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Si bien es cierto que parte de la doctrina nacional, cuestiona el carácter jurídico del deber de fidelidad, este es presupuesto de las filiaciones matrimoniales,¹³ salvo la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Por tanto, el deber de fidelidad no se agota en los cónyuges, los trasciende para emplazar el estado de familia de los hijos.¹⁴ Asimismo, el deber de fidelidad es condición de vigencia del derecho alimentario post divorcio¹⁵, ya que podría cesar por la causal de injurias graves o si el alimentado iniciara una unión convivencial.¹⁶

El incumplimiento del deber moral de fidelidad también puede ser considerado como una injuria grave o afectación del honor¹⁷, respecto de las causales de ingratitud¹⁸ e indignidad.¹⁹

Sobre el carácter resarcitorio del daño generado por el incumplimiento del deber de fidelidad existen diversidad de argumentos.²⁰ Sin embargo, todos coinciden en que si el incumplimiento del deber de fidelidad generara un daño, debe haber lugar a la acción

¹³ Art. 566° Código Civil y Comercial argentino. “Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este título.”

¹⁴ Cfr. 1) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 174. 2) Medina y Rivera, *Tratado...*, aplicación pro view, Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 7. El deber de fidelidad. b) Los efectos de la fidelidad.

¹⁵ Cfr. Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 174.

¹⁶ Art. 434° Código Civil y Comercial argentino. – “Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: (...) En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.(...)”

¹⁷ Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 5.

Por su parte, para Mazzinghi: “La ampliación de los supuestos de indignidad le comunica a las conductas injuriosas una dimensión y una repercusión jurídica más patente, y sería incongruente que este fenómeno pudiera valer para la exclusión hereditaria y no contara para el resarcimiento de los perjuicios resultantes de la violación de los deberes de respeto y consideración matrimoniales.” En: Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 7.

¹⁸ Art.1571° Código Civil y Comercial argentino. “Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: (...) En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.”

¹⁹ Art. 2281° Código Civil y Comercial argentino. “Causas de indignidad. Son indignos de suceder: (...) i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. (...)”

²⁰ Sin perjuicio de los argumentos sobre el carácter jurídico del deber de fidelidad, para Medina las indemnizaciones por daños entre cónyuges y ex cónyuges: “...no constituye una sanción al incumplimiento de un deber matrimonial sino la reparación de un daño injustamente causado.” En: Medina y Rivera, *Tratado...*, aplicación Proview. Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 4. Función actual de los deberes derechos matrimoniales.

de daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales (daño moral).²¹ Para algunos, esta debería comprender, incluso, el daño al proyecto de vida. En este sentido, se argumenta que al ser la fidelidad un componente esencial del proyecto de vida en común, su trasgresión constituiría una grave interferencia en el proyecto de vida matrimonial.²²

Esta postura encuentra en el deber de fidelidad un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico²³, consecuentemente si el incumplimiento del deber de fidelidad por uno u ambos cónyuges, causare perjuicio, este debe ser indemnizado independientemente del régimen incausado de divorcio.²⁴ Por tanto, siempre que se verifique un hecho antijurídico, culpa grave o dolo, factor de atribución y daño, existirá la obligación de reparar.²⁵

Con lo que respecta a la determinación de la compensación económica, en tanto efecto completamente independiente del derecho de daños, la doctrina jurídica mayoritaria

²¹ Cfr. 1) Perrino, *Tratado...*, aplicación Pro View Capítulo XXIII Efectos personales del matrimonio. II. Deberes que genera el matrimonio. 516 Sanción por el incumplimiento de la fidelidad. 517. Nuestra opinión. 2) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 170-203. 3) Graciela Medina En: 3.1) Medina y Rivera, *Tratado...*, aplicación Pro view, Capítulo VIII Efectos personales del matrimonio. 6. Los daños y perjuicios. 3.2) Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, 1-7. 4) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 5-10 5) Azar y Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, 1-11. 6) Marcos Córdoba. En: 6.1) Córdoba, “Reparación de daños por incumplimiento de deberes patrimoniales”, 1-5. 6.2) Córdoba, “Daños y familia”, 1-5. 7) Jorge Mazzinghi. En: 7.1) Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 4-10. 7.2) Jorge Mazzinghi, “Conclusiones de la Comisión 3” (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015), acceso 28 de agosto de 2018, <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-08.pdf>. 8) Hayes, Gabriel Mazzinghi, Gonzáles, Pandiela, Abreut, Nelson Cosari y Leandro Cosari, “Conclusiones de la Comisión 3” (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015), acceso el 28 de agosto de 2018, <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-08.pdf>

²² Cfr. 1) Basset, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”, 190 ss. 2) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica” 5, 9 3) Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 4-8. 4) Córdoba, Marcos; “Daños y familia”, 4.

²³ Art. 1737° Código Civil y Comercial argentino. “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.”

²⁴ Sobre este punto, para Azar y Ossola: “... la eliminación del divorcio por causales subjetivas no tiene proyección alguna en materia resarcitoria (como algunos lo pretenden), sino que exclusivamente se limita a esta cuestión puntual (y de suma importancia, por cierto): la violación por uno de los cónyuges de cualquier deber jurídico o moral (como lo es ahora el de fidelidad) emergente del matrimonio, no tiene relevancia para la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. Pero no por ello es viable afirmar que, en el caso de violación de los deberes morales (y, a fortiori, mucho menos en los deberes jurídicos) no puedan producirse otras consecuencias jurídicas diferentes.” (...) el derecho resarcitorio no pende de una declaración de “culpabilidad” en el marco de un juicio de divorcio, que hoy no existe como tal; pero el hecho de la eliminación del divorcio causado, no habilita a concluir sin más que quede vedado el derecho resarcitorio. No se trata, pues, ni de una cuestión accesoria, ni de una consecuencia, como parte de la doctrina y la jurisprudencia lo postulaban en el marco de la anterior regulación, en el sentido de que —se decía— sin declaración de culpabilidad en el juicio de divorcio, era inviable la acción resarcitoria.” En: Azar y Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, 5.

²⁵ Cfr. 1) Medina, “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, 1-7. 2) Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 5-10. 3) Córdoba, “Daños y familia”, 4. 4) Mazzinghi, “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, 4-8.

descarta la posibilidad de evaluar las conductas previas y posteriores a la separación para la determinación de la compensación.²⁶

De otro lado, un sector minoritario de la doctrina considera que si debiera valorar las conductas de un cónyuge hacia al momento de fijar la compensación económica²⁷, en este sentido, podría oponerse a aquél que incumple el deber de fidelidad, el abuso del derecho por reclamar compensación económica excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres si, fue su propia conducta la que dio origen a la ruptura.²⁸

No obstante, si conforme a la regulación vigente el deber de fidelidad, aún despliega los efectos jurídicos referidos, ¿Cuáles son los argumentos que fundamentan el estricto carácter moral del deber de fidelidad del CCyC argentino? Se abordan a continuación.

3.

DEL DEBER JURÍDICO DE FIDELIDAD AL DEBER MORAL DE FIDELIDAD: UN ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL CAMBIO DE REGULACIÓN

Ahora bien, los principales fundamentos del anteproyecto del CCyC que justifican el carácter estrictamente moral de la regulación deber de fidelidad se sustenta, en: 1) la supresión de las causales subjetivas de divorcio, 2) en el respeto de la autonomía de la voluntad de la persona humana y su proyecto de vida y, 3) en la necesidad de evitar la intromisión estatal irrazonable en la intimidad de los cónyuges.²⁹

Sobre el primero, a diferencia del derogado código, el CCyC prevé un único sistema de divorcio remedio. Conforme a los Fundamentos del Anteproyecto, la eliminación de las causales subjetivas contribuiría a que la ruptura matrimonial, sea lo menos dolorosa posi-

²⁶ Ana María Chechile, Mauro Cerdá, Eduardo Roveda, Silva García de Ghigliano, Andrea Podestá, Alejandra Massano, Guillermina Zabalza, María Victoria Schiro, Marcela Sereno, Cecilia Lopes, Luciana Pietra, Elvira Aranda. “Conclusiones de la Comisión 8: Compensación económica y alimentos” (XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017), acceso el 28 de agosto de 2018, <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-8.pdf>

²⁷ Osvaldo Pitrau, Manuel Cornet, Úrsula Basset, Gabriel Mazzinghi, Ricardo Dutto, Leandro Merlo, Eliana González, Patricia Kuyumdjian, Sandra Gutiérrez, Alicia García de Solavagione, Ana Carolina Santi. “Conclusiones de la Comisión 8: Compensación económica y alimentos” (XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017), acceso el 28 de agosto de 2018, <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-8.pdf>

²⁸ Ugarte, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, 12.

²⁹ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>.

ble.³⁰ Resulta sumamente curioso que el legislador no haya seguido el modelo matrimonial del derecho civil español -fuente directa del CCyC, en lo que a las relaciones de familia respecta-: plena vigencia de derechos-deberes matrimoniales –incluso el deber de fidelidad-³¹ y régimen incausado de divorcio.³²

Por otro lado, pareciera que el legislador interpreta que existe una directa relación entre la juridicidad de los deberes conyugales, –particularmente, del deber de fidelidad-, y el dolor, que, sin lugar a dudas, puede causar la ruptura matrimonial.

No obstante, no resulta claro cómo el nuevo régimen incausado de divorcio regulado por el CCyC, alivia el dolor y sufrimiento ocasionado por la ruptura matrimonial, más aun, del generado por el incumplimiento de los derechos-deberes conyugales, particularmente, del incumplimiento del deber de fidelidad.

Sobre el segundo fundamento, la celebración del matrimonio se sostiene sobre la voluntad común de los contrayentes, por tanto, la desaparición de la voluntad de uno de ellos o ambos, sería suficiente para poner fin al matrimonio. El respeto por la autonomía de la voluntad de los cónyuges, exigiría evitar que estos continúen casados si ya no lo desean.³³ Si es como los fundamentos del anteproyecto señalan, pareciera que un contrato, cualquiera de ellos, ofrece a quiénes lo celebran mayor seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los derechos y obligaciones a los que las partes se obligan³⁴, asimismo estos tienen plena “autonomía de la voluntad” no sólo para pactar las cláusulas contractuales³⁵, sino también las causales de resolución del mismo.

Por su parte, el régimen matrimonial vigente, contrariando su propio espíritu –el respeto de la autonomía de los cónyuges-, impone el contenido obligacional de la relación jurídica matrimonial: derechos-deberes conyugales jurídicos (proyecto de vida en común,

³⁰ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, Acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>.

³¹ Art. 68° Código Civil español. “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.”

³² Art. 86° Código Civil español. “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81°.”

³³ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, Acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>.

³⁴ Art. 959° Código Civil y Comercial argentino. “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.”

³⁵ Art. 958° Código Civil y Comercial argentino.- “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”

cooperación, convivencia asistencia recíproca y el deber alimentario), y un derecho-deber conyugal moral: la fidelidad.

Sin embargo, no se tienen pistas de la opción que el CCyC ofrece para quiénes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pretenden un proyecto de vida matrimonial más exigente: se prometen ser fieles y respetuosos de la confianza depositada en el otro.

La cuestión gira en torno a si el CCyC respeta también estos proyectos matrimoniales y no sólo aquellos que consideren irrelevante el deber de fidelidad.

Finalmente, la eliminación de todos los plazos de espera para la tramitación del divorcio, se sustentaría en la necesidad de resguardar la intimidad de los cónyuges de las intrusiones arbitrarias del Estado.³⁶

De estos argumentos, tanto el respeto de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, así como la protección de su intimidad, se relacionan directamente con la atribución de efectos estrictamente éticos y privados al deber de fidelidad, como se reflexiona a continuación.

4.

EL DEBER DE FIDELIDAD CONSIDERADO COMO MORAL Y JURÍDICO O COMO EstrictAMENTE JURÍDICO: REFLEXIONES FINALES

En este sentido, la revisión de los fundamentos del Anteproyecto, así como la regulación vigente, generan los siguientes comentarios: no se tienen dudas de la intención del legislador, al regular un “deber moral” de fidelidad entre los cónyuges: hacer de este algo ajeno, extraño e irrelevante al Derecho, despojándolo de toda juridicidad. No obstante, se prevé expresamente en el CCyC en el artículo 431° que regula los derechos-deberes de los cónyuges, es más, se le ha atribuido la categoría de derecho-deber moral.

Sin embargo, pareciera que cualquier intento de regulación coherente, lo hubiese excluido absolutamente de la regulación matrimonial vigente. Si tiene carácter estrictamente moral, con qué finalidad regularlo expresamente en el CCyC. Por tanto, de su regulación expresa, se consideran dos posibles interpretaciones: 1) Se trata de un deber moral que encubre una obligación natural. 2) No es una obligación natural, sino imperfecta, por tanto, exigible solo ante Dios.

³⁶ Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”, Acceso el 24 de julio de 2017, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primeropdf>.

Sin embargo, el problema no queda allí, incluso si el artículo 431° del CCyC hubiese omitido cualquier referencia expresa al carácter estrictamente moral del deber de fidelidad, su presencia se haya inevitablemente implícita no sólo en lo que a las consecuencias jurídicas de la relación matrimonial implica, sino que alcanza incluso, a terceros: los hijos, respecto de la determinación de su emplazamiento filial –salvo, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida–.

Es más, el deber de fidelidad sostiene el régimen monogámico del matrimonio, por momentos desdibujado por la regulación vigente, mientras que, por otros, imponente por su carácter de norma de orden público.

La conclusión resulta indubitable: un régimen matrimonial coherente con el carácter estrictamente moral del deber de fidelidad, debió haber excluido todas sus posibles consecuencias jurídicas, incluso las más remotas.

Por otro lado, como también fue anunciado, el argumento de la autonomía de la voluntad como fundamento del carácter estrictamente moral del deber de fidelidad por momentos resulta paradójico: Los cónyuges tienen autonomía de la voluntad para diseñar un proyecto de vida matrimonial en el que puedan dispensarse del deber de fidelidad, sin embargo, no gozan de la misma autonomía de la voluntad para diseñar un proyecto de vida matrimonial con un compromiso mayor: *muta fidelidad*.

Asimismo, no se escapa de análisis que, si los cónyuges pueden determinar el contenido del deber de fidelidad en el ámbito de su derecho a la intimidad, esa autonomía no es capaz de soslayar el carácter imperativo de la monogamia, que como, se refirió, se fundamenta en la exclusividad mutua de los cónyuges.

Por otro lado, respecto a si el deber de fidelidad hace al ámbito de la intimidad de los cónyuges se plantea la siguiente cuestión: si el deber de fidelidad forma parte del contenido de la intimidad de los cónyuges, cuestión estrictamente privada e irrelevante para el Derecho, porque los demás derechos-deberes que conforman la trama obligacional de la relación jurídica matrimonial, no se enmarcan también, dentro del ámbito de la intimidad de los cónyuges. Evidentemente, su regulación como derechos-deberes jurídicos, determinan que, para el Estado, el cumplimiento de estos, posee relevancia social.

No obstante, resulta dudoso, porque se impondría el contenido de estos deberes, limitando la formación del proyecto de vida matrimonial y liberando exclusivamente, el deber de fidelidad. En todo caso, nuevamente, pareciera que el régimen matrimonial vigente, contraviene su propio espíritu: limita la autonomía de la voluntad de los cónyuges para la formación de proyectos de vida matrimonial diferentes. Piénsese, por ejemplo, en un matrimonio, para quienes, por los motivos que fueren (laborales, personales, etc.) resulta

irrelevante vivir bajo el mismo techo, sin embargo, es de suma importancia el respeto por la confianza depositada en el otro, la lealtad, la fidelidad.

Incluso, el mismo deber alimentario, podría resultar irrelevante para quiénes, por su situación económica, no requieran del mismo, menos aún, que su prestación se les imponga coactivamente. Se encuentran en la misma situación, quiénes, conforme a sus creencias, admiten la poligamia y su proyecto de vida matrimonial, no encuentra amparo, frente a la imposición de un modelo matrimonial monogámico.

Con lo que respecta, al argumento sobre la coherencia que exige el nuevo régimen incausado de divorcio, como fue señalado, el legislador se aparta del modelo español: plena vigencia de derechos-deberes matrimoniales y régimen incausado de divorcio.

Asimismo, no resulta clara la relación entre el sufrimiento generado por la ruptura matrimonial y la falta de juridicidad del deber de fidelidad.

Finalmente, en tanto acto jurídico, resulta sumamente curioso, los efectos que la aplicación del principio de buena fe exigiría de ambos cónyuges, respecto del matrimonio-estado. Es decir, no sólo en el momento de la celebración del matrimonio (matrimonio-acto)³⁷, sino también respecto del entramado obligacional durante la vigencia del matrimonio.³⁸ Más aún si se considera que, probablemente, quiénes contraigan matrimonio, pretenden de su cónyuge, fidelidad.

En este sentido, si la buena fe es un principio jurídico del ordenamiento jurídico vigente, que rige todo acto jurídico³⁹, no parece coherente que el matrimonio sea el único acto jurídico que pueda sustraerse de su aplicación, especialmente, si se considera que, lo que cuya regulación se pretende, es un aspecto particularmente trascendente de la vida de las personas, y no una mera cuestión patrimonial.

Consecuentemente, se advierte que, conforme a su regulación en el CCyC, además de su carácter moral, el deber de fidelidad también deba ser considerado como jurídico.

³⁷ Art. 427° Código Civil y Comercial argentino. “Buena fe en la celebración del matrimonio. La buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero.”

³⁸ Fernanda Pessanha Do Amaral Gurgel, afirma la buena fe objetiva en las relaciones de familia, incluso en el marco de la autonomía de la voluntad, ya que entiende que la buena fe es lo que garantiza el funcionamiento de la autonomía, dice que es fuente creatriz de derechos implícitos en las relaciones de familia y que es el fundamento de no poder volver contra los propios actos. Se relaciona con el valor jurídico de la confianza. Para profundizar, ver: Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé objetiva* (Curitiba: Juruá, 2009).

³⁹ Cfr. José Tobías, “Capítulo 3 Ejercicio de los derechos Artículo 9° Principio de buena fe” en *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo I*, 2ª edición actualizada y aumentada, dirigido por Jorge Alterini e Ignacio Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2016), 70-71.

Para citar este trabajo: Torres Flor, Analućía, *La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial argentino*, *Revista de Derecho. Ucdal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 183-198.

BIBLIOGRAFÍA

- “Conclusiones de la Comisión 3” (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015). Acceso el 28 de agosto de 2018. <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-08.pdf>
- “Conclusiones de la Comisión 8: Compensación económica y alimentos” (XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017). Acceso el 28 de agosto de 2018. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-8.pdf>
- Alterini, Jorge H e Ignacio E. Alterini, “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges Opinión en la 1ª y en la 2ª edición”. En *Código civil y comercial comentado Tratado exegético Tomo III*, dirección general por Jorge H Alterini e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset, 203-204. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Azar Aldo Marcelo y Federico Alejandro Ossola, “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños” *LA LEY* (2016): 1-17.
- Azpiri, Jorge. *Derecho de Familia*. Argentina: Hammurabi, 2016.
- Basset, Úrsula. “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”. En *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo III*, dirección general por Jorge H. e Ignacio E. Alterini, tomo dirigido por Úrsula Basset, 165-218. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Basset, Úrsula. “El matrimonio en el Proyecto de Código”, *LA LEY*, Volumen: 2012-D, Suplemento del 5/09/2012 (2012): 1-5.
- Belluscio, Augusto. *Derecho de Familia Tomo II Matrimonio*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- Código Civil de Vélez.
- Código civil español.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Córdoba, Marcos. “Daños y familia”, *LA LEY* (2016-A): 1-5.

- Córdoba, Marcos. “Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales”, *LA LEY DFyP* (2017): 1-6.
- De Lorenzi, Mariana. “Tercera parte El Derecho de familia entre lo público y lo privado”. En *Tratado de Derecho de Familia Tomo I Una introducción al estudio del Derecho de Familia*, dirigido por Adriana Krasnow 173-216. Ciudad autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Duprat, Carolina. “Capítulo 8 Disolución del Matrimonio Sección 2ª Divorcio”. En *Tratado de derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014 Tomo I arts. 401 a 508*, dirigido por Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 317-401. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014.
- Fallo plenario. Cámara Civil y Comercial, “G., G.G. c/ B. de G., S.A.”, fecha 20 de setiembre de 1994
- Fundamentos del Anteproyecto, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión redactora”. Acceso el 24 de julio de 2017. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primerio.PDF>
- Herrera, Marisa. “Capítulo 7 Derechos y deberes de los cónyuges”. En *Código Civil y Comercial de la nación Tomo II*, dirigido por Ricardo Lorenzetti, 674-704. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Herrera, Marisa. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2015.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, Nora Lloveras y Fabián Faraoni. “Capítulo I Matrimonio”. En *Tratado de derecho de Familia Tomo V-A*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 11-54. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014.
- Krasnow, Adriana. “Capítulo V El matrimonio estado y sus efectos personales”. En *Tratado de Derecho de Familia Tomo II*, dirigido por Adriana Krasnow 232-271. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Mazzinghi, Jorge. “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, *El Derecho Familia* 61/-3 (2015): 1-10.
- Mazzinghi, Jorge. *Tratado de derecho de Familia Tomo 2 Efectos personales y regímenes de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Medina, Graciela y Rivera, Julio César. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017. Aplicación Proview.
- Medina, Graciela. “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, *LA LEY RCyS y DFyP*, mayo (2017): 1-7.

- Perrino, Óscar. *Derecho de Familia Tomo I* dirigido por Basset, Úrsula. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017. Aplicación Proview.
- Pessanha do Amaral Gurgel, Fernanda. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- Solari, Néstor. *Derecho de las Familias*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Tobías, José. “Capítulo 3 Ejercicio de los derechos Artículo 9° Principio de buena fe”. En *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético Tomo I, 2ª edición actualizada y aumentada*, dirección general por Jorge Alterini e Ignacio Alterini, tomo dirigido por José Tobías, 67-73. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Ugarte, Luis. “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, *LA LEY DFyP*, agosto (2015): 1-19.