

Título: El deber moral de fidelidad es moral

Autor: Cicchino, Paula María

Publicado en: SJA 16/12/2015, 16/12/2015, 32 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/5547/2015

Sumario: I. Resumen.— II. La paradoja.— III. Las palabras de la ley: deber moral de fidelidad.— IV. Finalidad de la ley.— V. Principios y valores jurídicos.— VI. Conclusión

I. RESUMEN

De acuerdo con las directivas establecidas en el artículo 2° del Código Civil y Comercial, la interpretación del artículo 431 que resulta coherente con todo el ordenamiento es la que rechaza que la sola violación de un deber, que fue calificado como moral, pueda dar lugar a una indemnización basada en los presupuestos de la responsabilidad civil.

II. LA PARADOJA

La regla prevista en el artículo 431 del Código Civil y Comercial [\(1\)](#) encierra una paradoja. La disposición establece: "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". La cuestión estriba en lo siguiente: si el deber de fidelidad es moral no trae aparejadas consecuencias jurídicas; pero si esa obligación, aun moral, es enunciada en el texto legal ¿significa ello que tiene entidad jurídica y, por ende, puede acarrear efectos jurídicos?

El modo en que se dé solución a tal conflicto acarrea importantes secuelas respecto de los daños que pueden derivarse de las relaciones de familia. Nos referimos, en concreto, a la postura doctrinaria que sostiene que el incumplimiento del deber moral de fidelidad en el matrimonio puede dar lugar a una indemnización por daño moral, tal como lo admitía el plenario de la Cámara Civil, "G., G. G. v. B. de G., S.", del 20/09/1994.

Entendemos que de acuerdo con las directivas establecidas en el artículo 2° del nuevo cuerpo legal, la interpretación que resulta coherente con todo el ordenamiento es la que rechaza esa posibilidad. Es decir, que en ningún caso la sola violación de un deber, que fue calificado como moral, puede dar lugar a una indemnización basada en los presupuestos de la responsabilidad civil.

En el artículo 2° del CCiv.yCom. se dispone: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". En lo que sigue, nos ceñiremos a una interpretación del artículo 431 de acuerdo con las palabras de la ley, sus finalidades y los principios y valores jurídicos.

III. LAS PALABRAS DE LA LEY: DEBER MORAL DE FIDELIDAD

El derecho implica un sistema de normas. Las palabras y expresiones que aparecen en los enunciados jurídicos reconocen una fuente indiscutible: el lenguaje natural [\(2\)](#).

Los redactores de este nuevo Código, a fin de que la sociedad pudiera comprender y así adecuar su comportamiento al contenido de las normas a ella dirigida, realizó un esfuerzo manifiesto por utilizar un lenguaje desprovisto de ese pretendido lenguaje especializado —que la mayoría de las veces no es más que el mero producto de una redacción abstrusa— [\(3\)](#).

Las pautas previstas en el artículo 2° del CCiv.yCom. no se encuentran ordenadas jerárquicamente [\(4\)](#). Sin embargo, como sostiene Alf Ross, "(...) toda interpretación del derecho legislado, comienza con un texto, esto es una forma lingüística escrita"[\(5\)](#). El intérprete parte del texto para luego analizar cada una de las restantes directivas y arribar a una interpretación coherente con todo el ordenamiento, que incluye, claro está, las fuentes previstas en el artículo 1°.

El texto del artículo 431 dice que el proyecto común de los esposos está basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad [\(6\)](#).

La palabra no puede separarse del pensamiento que representa [\(7\)](#). Es por ello que no puede haber duda al afirmar que el deber de fidelidad en el que se basa el proyecto común de los esposos es moral y no jurídico.

a) Diferencia entre derecho y moral

La moral también es un sistema de normas, pero distinto del derecho [\(8\)](#). Nos detendremos solo en algunos aspectos, que servirán para aclarar la cuestión.

La nota acerca de la distinción entre exterioridad e interioridad de la acción, entre fuero interno y fuero externo, que ya se encontraba presente en Thomasius, fue profundizada por Kant y superada por los autores que

lo sucedieron. En definitiva, tanto moral como derecho son órdenes sociales, pero las normas morales son incoercibles [\(9\)](#).

En consonancia con esas bases, entendemos que el sentido que el código ha hecho prevalecer en la norma bajo análisis se corresponde con lo siguiente. La norma moral supone conciencia de un deber, de una conducta que hemos de observar. Su infracción lleva aparejado el reproche moral, es decir, el juicio de que no se ha hecho lo que se debía hacer, de que esa conducta es "mala" [\(10\)](#). La moralidad es, inmediatamente, algo subjetivo o, mejor, personal. La norma próxima, inmediata, de moralidad es la conciencia personal. La conciencia juzga si este acto que se ha de realizar o que se ha realizado se ajusta a lo que debe ser, es decir, a la norma de moralidad objetiva, a la ley moral en su sentido más amplio [\(11\)](#).

Desde este punto de vista, el artículo 431 del CCiv.yCom. se limita a reconocer la existencia de ese deber perteneciente a la ley moral, en su sentido amplio, y dejar al arbitrio de la autonomía de la voluntad, a través de la conciencia personal, el reproche de la conducta no debida.

Es decir, el orden jurídico no se desentiende de la existencia de ese deber, que supone más o menos extendido y, por ende, comprendido en el orden moral de la sociedad argentina actual. A pesar de ello, es categórico en no otorgarle consecuencias jurídicas al incumplimiento de ese deber y, por ello, la inclusión del calificativo de moral en el texto de la norma.

Repetimos. Una obligación moral y no jurídica no puede acarrear consecuencias jurídicas si ese deber no fue expresamente previsto como antecedente de una consecuencia jurídica. Es decir, no debe confundirse el hecho de que la moral sea el fundamento de muchas normas jurídicas con este supuesto en el cual el texto legal simplemente menciona la existencia de una ley moral en sentido amplio [\(12\)](#) y cuyo juzgamiento queda bajo la órbita de la conciencia personal y, en su caso, de la tan variable intimidad de cada pareja.

En definitiva, la infidelidad en el matrimonio no es un acto contrario al orden jurídico sino al orden moral y, por ende, no puede ser presupuesto de la responsabilidad civil, como se verá en el punto siguiente.

b) Ausencia de antijuridicidad

La antijuridicidad continúa siendo unos de los requisitos de la responsabilidad civil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1710.

En su concepción clásica, acto ilícito es todo acto contrario al derecho objetivo, considerado este en su totalidad [\(13\)](#). Desde esta postura, no habría duda de que no existe posibilidad de que el incumplimiento de un deber calificado de moral pueda ser considerado un acto antijurídico para dar lugar así a un resarcimiento, precisamente por no ser contrario al derecho objetivo sino contrario al orden moral.

Pero el nuevo cuerpo normativo define la antijuridicidad de otro modo: "Cualquier acto u omisión que causa un daño a otro es antijurídico si no está justificado". La postura que refleja el artículo 1717, que se acaba de transcribir, está claramente explicada por Sebastián Picasso: "Se dice, así, que la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento considerado en su totalidad —incluyendo los principios generales del Derecho— con abstracción de la voluntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva). En especial, se enfatiza que un principio cardinal del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar a otro, de donde es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación, y sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material)" [\(14\)](#). Continúa: "(...) el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida" [\(15\)](#). Bajo este tamiz, debe decirse que el hecho de que no sea necesario que exista una "expresa prohibición legal en cada caso" no puede atraer una conducta que fue manifiesta e intencionalmente puesta afuera del ámbito jurídico, al ser calificada como moral. Se reitera: si bien no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida porque basta con violar el deber de no dañar a otro, ello no puede importar incorporar al orden jurídico una conducta que fue considerada fuera de él y dentro del orden moral. Desde un estricto análisis lógico-normativo, el hecho de calificar ese deber de moral debería asimilar la conducta contraria a la descrita como obligatoria como una conducta permitida por el ordenamiento (aunque prohibida por la moral).

Todo ello claro está siempre que nos encontremos en la órbita del matrimonio y del derecho de familia y más allá de la responsabilidad civil que tenga su causa en la condición de persona y que habrá que analizar con rigurosidad a fin de no confundir los diferentes ámbitos.

Ya en el plenario de la Cámara Civil, "G., G. G. v. B. de G., S.", del 20/9/1994, bajo el régimen anterior, se discutía si correspondía la indemnización del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio. Es decir, aun existiendo el adulterio como causal de divorcio, todavía había posiciones encontradas.

La postura minoritaria esgrimió que no correspondía la reparación. Un primer argumento decía que las normas de derecho de familia eran, en gran medida, de orden público, imperativas en su mayor parte, lo que obstaba a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad por daños.

La tendencia autoral, mayoritaria en el plenario, que aceptaba la indemnización, se basaba en el carácter general de las normas de la responsabilidad civil contenidas en los arts. 1077 y 1109 del Código Civil, y en relación con el daño moral en el art. 1078, por advertirse en las causales del divorcio verdaderos actos ilícitos.

Con el régimen actual ni siquiera sería necesario acudir a los fundamentos de la minoría, ya que el nuevo texto del artículo nos ofrece la solución: al tratarse el deber de fidelidad de una obligación moral, su incumplimiento no constituye un acto ilícito en los términos del artículo 1717 y, por ende, no puede dar lugar a responsabilidad civil.

IV. FINALIDAD DE LA LEY

En el artículo 2º del CCiv.yCom. se hace referencia a la finalidad de la ley (16) y no a la voluntad o la intención del legislador, con las conocidas diferencias que ello implica.

Ahora bien, el acudir a la finalidad de la ley como pauta interpretativa a fin de no petrificar el contenido normativo de un cuerpo con pretensión de durabilidad, solo tiene sentido en una mirada hacia el futuro. Si en los años o décadas que siguen, las situaciones amparadas por este código cambian, las relaciones sociales se modifican, claro está que el intérprete no debe apegarse al sentido originario que tuvo el texto legal.

Distinto es que a menos de seis meses de su entrada en vigencia se quiera imponer una interpretación que fue expresamente contradicha por sus redactores (interpretación auténtica en sentido lato) y que se enlaza a una jurisprudencia anterior que esta nueva normativa ha querido ostensiblemente modificar.

Nos encontramos frente a un código que fue redactado por juristas reconocidos y sancionado por un Congreso que no fue ajeno ni a los Fundamentos del Anteproyecto, ni a las discusiones que en la sociedad se generaron en torno a aquel. Con todo ese bagaje cultural, los legisladores aprobaron un texto (17).

Se explicó en los Fundamentos del Anteproyecto que se había ampliado la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio; que se había establecido el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad; que ese punto de partida reconocía alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no generaba consecuencias jurídicas. Y concretamente: "Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños" (18) (el destacado no pertenece al original).

Como si ello no bastara, en un artículo publicado en el mes de julio de este año (19) Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera recordaron que en los Fundamentos del Anteproyecto se había explicitado de manera clara la improcedencia de la reparación de daños por la supuesta conculcación de un deber moral como el de fidelidad. Sostuvieron allí también que era sabido que la mención al deber moral de fidelidad había sido una transacción con la Iglesia Católica.

En ese contexto, si bien no mencionada en el texto del artículo 2º, la voluntad o intención del legislador aparece como una pauta de gran trascendencia en la interpretación de un texto legal creado, discutido y aprobado hace tan poco tiempo. En este momento, finalidad de la ley y voluntad del legislador casi se identifican.

Resultaría de toda irrazonabilidad rechazar la utilización de ese último criterio de interpretación para proponer un sentido de la norma que mira, precisamente, hacia el pasado y no hacia el futuro. Más aún cuando la interpretación literal del texto coincide, en este caso, con la voluntad del legislador. Nos encontramos ante lo que Goldschmidt considera un supuesto de "norma fiel" en el que la interpretación literal coincide con la interpretación histórica (auténtica voluntad del legislador de la norma), por lo que la tarea del intérprete debe considerarse concluida (20).

Por supuesto que si en el futuro, ante un cambio de circunstancias fácticas o jurídicas, la interpretación que aquí se propone se transformara en incoherente con el ordenamiento por aplicación de las pautas mencionadas en el artículo 2º y las fuentes del artículo 1º, tal interpretación deberá abandonarse, para darle una nueva significación a la "finalidad de la ley".

No se trata de caer en un caso de "omnipotencia del legislador y de su infalibilidad", ni de darle un carácter profundamente estatista a la interpretación, ni de poner a los jueces como mera boca de la ley, ni pensarlos como "jueces instrumentales" a la manera de la exégesis. Se trata, sencillamente, de ser sensatos a la hora de

interpretar.

V. PRINCIPIOS Y VALORES JURÍDICOS

El artículo 2º propone como pauta de interpretación los principios y valores jurídicos. La pregunta que sigue es: ¿cuáles son los principios y valores jurídicos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el sentido del artículo 431 del CCiv.yCom. de modo coherente con todo el ordenamiento?

Pues bien, el código vigente se funda en principios laicos, pregonados por la doctrina internacional de los derechos humanos, sobre la base de las nociones de igualdad, libertad y autonomía personal, los aceptados por una sociedad multicultural, o una sociedad plural [\(21\)](#).

En suma, las parejas celebran una innumerable cantidad de acuerdos durante su relación que poco tienen que ver con el mundo del derecho. Esos acuerdos se fundan en razones, motivos, intereses, circunstancias, historias de vida, que permanecen para siempre en el tan impenetrable ámbito de la verdadera intimidad. Esos acuerdos son conversados o se adoptan tácitamente, se modifican, mutan, se rompen, se vuelven a convenir. No es conveniente que el derecho venga, al momento de la ruptura matrimonial, a intentar comprender, para así poder juzgar, aquel complejo entramado de pactos.

También hay acuerdo en que los tribunales no deben agudizar los conflictos, sino solucionarlos. La experiencia judicial demostró el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. Con el nuevo código se intenta contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial [\(22\)](#). Esta idea no es otra que la que impone al derecho proveer a la paz social, uno de los valores jurídicos fundantes en la teoría egológica o consecutivo en la posición de García Maynes (por mencionar algunos autores).

Una interpretación del artículo 431 que habilite el resarcimiento por daño moral se erige en contra de este valor, que merece la especial preocupación del jurista en los tiempos que corren.

VI. CONCLUSIÓN

Si realizamos una interpretación coherente con todo el ordenamiento, conforme con las directivas establecidas en el artículo 2º del Código Civil y Comercial —en particular, las palabras de la ley, su finalidad (que hoy debe entenderse como "voluntad del legislador") y los principios y valores jurídicos, debe entenderse que el deber de fidelidad previsto en el artículo 431, al ser calificado como un deber moral, no es antijurídico (artículo 1717 del CCiv.yCom.) y, por ende, no puede dar lugar a una indemnización basada en los presupuestos de la responsabilidad civil.

(1) En adelante, CCiv.yCom.

(2) Las normas jurídicas no solo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo (Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 37).

(3) Lorenzetti explica que "Se ha pensado en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible" (<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti>). Ello se encuentra en consonancia con las palabras de Nino: "Los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, el inglés, etc., hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible..." (Nino, Santiago, *Notas de introducción al Derecho* 4. La ciencia del derecho y la interpretación jurídica, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 12).

(4) Caramelo; Herrera y Picasso (dirs.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. Infoiuis, Buenos Aires, 2015, p. 13.

(5) Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970, p. 108.

(6) No nos ocuparemos aquí de los deberes de cooperación y convivencia.

(7) Betti Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridice*, Ed. Giuffrè, Milán, 1927, citado por Ducci Claro, Carlos, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1977, p. 30.

(8) Esta diferencia es relativamente reciente en la historia intelectual de Occidente (Laclau, Martín, "La relación entre moral y derecho y su perspectiva histórica", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 9). La relación entre ambos sistemas ha dado lugar a los más exhaustivos debates en el ámbito filosófico-jurídico a lo largo de la historia. La discusión aún sigue abierta.

(9) Esta nota es pilar en la teoría kelseniana (véase Cracogna, Dante, "El tema de la moral y el derecho en Kelesen", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección

Teoría General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 47).

(10) Latorre, Ángel, Introducción al Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1968, p. 24.

(11) Gómez Pérez, Rafael, Deontología Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra, España, 1982, p. 18.

(12) Aun las posturas que sostienen que la moral debe ser fundamento de las normas jurídicas se encuentran con la dificultad de determinar el contenido de esa moral (véase, por ejemplo, Farrel, Martín, La filosofía del liberalismo, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, capítulo octavo "La moral como fundamento para sancionar", ps. 195 y ss.; Guiborg, Ricardo, "Real, justo, legal", LL del 19/7/2004).

(13) Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 1.

(14) Picasso, Sebastián, comentario al artículo 1717, en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo VIII, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 364.

(15) Picasso, Sebastián, comentario al artículo 1717, en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo VIII, cit., p. 366.

(16) Ya Juvencio Celsio en el Digesto fijó el contenido de la interpretación en un concepto cuya validez se mantiene hasta hoy: "No consiste en entender las leyes retener sus palabras, sino comprender su finalidad y efectos" (Dig. 1-3-17). Ihering, iniciador de la doctrina teleológica de la interpretación, decía que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico.

(17) "El 4 de julio de 2012, el Congreso constituyó una Comisión Bicameral, integrada por miembros de partidos del oficialismo y de la oposición, que trabajaron intensamente, realizando numerosas audiencias públicas en todo el país, durante las cuales recibieron cerca de mil ponencias" (Lorenzetti, "Introducción al Código Civil y Comercial", <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>).

(18) Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designado por decreto 191/2011, presentado por Ricardo Luis Lorenzetti, editado por Rubinzal-Culzoni, ps. 555 y ss.

(19) LL del 2/7/2015, p. 1.

(20) Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 262.

(21) Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, LL del 2/7/2015, p. 1.

(22) Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designado por decreto 191/2011, presentado por Ricardo Luis Lorenzetti, editado por Rubinzal-Culzoni, p. 558.