

## EL DEBER MORAL DE FIDELIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

*Por Lorena Alejandra Sanchez<sup>1</sup>*

**SUMARIO: I. Introducción. II. La normativa: artículo 431 CCyC. III. Principio de Libertad y Autonomía de la Voluntad. IV. Conclusiones.**

### **I. Introducción**

El nuevo proceso acelerado de transformaciones culturales que viene imponiendo la sociedad contemporánea particularmente, desde principios de este siglo XXI, hace que se torne necesaria una modificación en el derecho reglamentario.

Desde hace tiempo, la legislación argentina exigía un cambio de paradigma que se amolde a esta nueva realidad, principalmente a estos nuevos modelos de familia que aparecen con mayores reconocimientos de derechos y obligaciones.

La redacción de la antigua normativa escrita por Vélez Sarsfield en el S. XIX, tiene su explicación en los usos y costumbres de su época. Allí, el Código Civil mantenía la idea familia sobre el matrimonio religioso, y la justificaba en la nota al art. 167<sup>2</sup>. Ello se explica, debido a que el Derecho Canónico tuvo una gran influencia en el Codificador, principalmente en las relaciones de familia.

---

<sup>1</sup> Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones, adscripta a la cátedra de Derecho Privado VI, (Derecho de familia y Sucesiones). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>2</sup> Nota de Vélez al 167 original: "Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en dar al matrimonio un carácter religioso. De los códigos modernos sólo el de Bélgica, el del Ducado de Baden, y últimamente el de Cerdeña, hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su validez no requiere la consagración de la Iglesia. Los pueblos sujetos a la Iglesia griega reconocen un sacramento en la unión conyugal, y la celebración del matrimonio debe hacerse en conformidad a las leyes de la Iglesia. (Código de Rusia, título Del matrimonio). Las naciones que siguen las religiones protestantes, aunque miran el matrimonio como un contrato civil, han juzgado que el simple contrato no bastaba para dar al matrimonio el carácter que debe tener, y han dispuesto que para ser válido, debe celebrarse ante la Iglesia y por un sacerdote de la religión de los esposos (Blackstone, Lib. 1, cap. 15). Podemos decir entonces, que en todas las naciones de Europa y de América, con excepción de tres, el matrimonio civil del Cód. Francés no ha encontrado imitadores.

A partir del año 2011<sup>3</sup>, frente a la iniciativa de reformular y unificar el derecho privado argentino, un sector relevante de la doctrina nacional ha visto favorable la idea “recodificación” del antiguo código civil (Ley 340).

Es así que se dicta en el año 2014 la Ley 26.994<sup>4</sup>, que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, el que comenzará a regir a partir del 1 de agosto de 2015.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la modificación introducida en el CCyC respecto a las relaciones personales derivadas del matrimonio. Específicamente, la novedad introducida como “la desaparición del deber de fidelidad en el matrimonio”.

Esta normativa trajo aparejado un fuerte debate y oposición de un sector de la doctrina.

Aquí tratamos de explicitar el fundamento y el objetivo que tuvo en miras el CCyC al incorporar dicho texto a la norma.

## **II. La normativa: artículo 431 CCyC**

Nos ubicamos en el tema, dentro del libro segundo “Relaciones de Familia”, Título I “Matrimonio”, capítulo 7 denominado “Derechos y Deberes de los Cónyuges”.

El art. 431<sup>5</sup> no reitera el deber “jurídico” de fidelidad en el matrimonio, desplazando ese - antes en el CCiv- deber jurídico, hacía un deber de carácter moral.

Así se expresa en los fundamentos del originario Anteproyecto del CCivCom: “... sólo se trata de que al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas; por eso no se los regula”.

---

<sup>3</sup> El Ejecutivo Nacional mediante decreto presidencial 191 del 23 de febrero de 2011 creó la "Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación".

<sup>4</sup> la Ley 26.994. Se sanciona con fecha 02 de Octubre de 2014, publicada en B.O.08.10.2014.

<sup>5</sup> CCyC, art. 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

No es una eliminación de la obligación general y ética, sino una modificación de los efectos jurídicos, a los fines de evitar consecuencias civiles en el instituto del matrimonio, en orden a la mencionada “fidelidad-infidelidad”.

Es decir, que existe una vinculación entre el divorcio incausado y su sostenimiento, con la falta de obligatoriedad del deber de fidelidad conyugal.

El divorcio sin causa o incausado<sup>6</sup>, es una de las novedades relevantes introducidas en el CCyC, que persigue dar remedio a una situación conflictiva matrimonial y no indagar los motivos de la ruptura, de cara a la familia post divorcial, repensando la ley los efectos de la crisis con normas que apunten a los derechos fundamentales en juego.

El art. 431 del CCyC, expresa que los cónyuges se comprometen<sup>7</sup> a respetar los deberes matrimoniales que les competen. Es decir, es un compromiso que ambas partes de común acuerdo asumen.

Un sector de la doctrina<sup>8</sup> cuestiona esta norma, aduciendo 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 inconstitucionalidades.

---

<sup>6</sup> CCyC, art. 438. Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

<sup>7</sup> Según la Real Academia Española, “compromiso” es: La obligación contraída, la palabra dada, convenio entre litigantes, escritura o instrumento en que las partes otorgan este convenio por el cual someten su litigio a árbitros o amigables componedores. <http://lema.rae.es/drae/?val=compromiso>

<sup>8</sup> Méndez Costa, María Josefa: “Derecho de Familia. Tomo II”. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, 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. Córdoba, Octubre de 2012. <http://www.acaderc.org.ar/estudio-del-proyecto-de-unificacion-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-materia-de-derecho-de-familia> (consultado 28 de marzo de 2015).

Pero para otro sector relevante de la doctrina nacional, tal principio no se estaría vulnerando y la estructura jurídica de la unión matrimonial, exigía esta readecuación.

Ello, porque el orden público es dinámico. Tal como lo expresa la Kaller de Orchansky: "...el concepto de orden público se caracteriza por su variabilidad, mutabilidad y actualidad, por ello debe rechazarse toda tentativa de encerrarlo en un catálogo rígido. El conjunto de principios fundamentales que lo integran debe ser apreciado (...) en cada Estado en cada caso concreto (...) en el momento de decidir, quienes deben valorar el derecho competente y emplear la excepción sólo cuando la aplicación del derecho amenace perturbar gravemente la paz social del Estado"<sup>9</sup>.

Se advierte que el concepto de orden público familiar queda dentro del concepto de orden público<sup>10</sup>.

Es decir, se someten los deberes matrimoniales a la decisión de ambos contrayentes, bajo el principio de la "autonomía de la voluntad". Siempre, en miras de desarrollar un proyecto de vida en común entre los dos miembros de la unión conyugal.

Ese compromiso personal deberá ser cumplido de manera individual por cada uno de los esposos. Si uno o ambos de ellos no lo respetasen, estará en su voluntad terminar o continuar con la relación matrimonial.

El derecho respeta aquello que los cónyuges quieran guardar en su intimidad, en su proyecto matrimonial; de modo que, la ley al suprimir el deber "jurídico" de fidelidad, otorga a los esposos el derecho de pactar privadamente<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Kaller De Orchansky, Berta, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado". Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1990, p. 142. [http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf100022-cavagnaro-mediacion\\_familiar\\_autonomia\\_voluntad.htm](http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf100022-cavagnaro-mediacion_familiar_autonomia_voluntad.htm) (Consultado 4 de abril de 2015).

<sup>10</sup> Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo. "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Editorial Universidad, Bs. As. 2009, p.74. [http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf100022-cavagnaro-mediacion\\_familiar\\_autonomia\\_voluntad.htm](http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf100022-cavagnaro-mediacion_familiar_autonomia_voluntad.htm) (Consultado 4 de abril de 2015).

<sup>11</sup> CN, art.18. "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo

El derecho reglamentario sólo fija como parámetro, que haya un acuerdo de voluntades en un proyecto de vida común.

Por ello, cuando uno de los cónyuges tenía ciertas expectativas y que luego se ve defraudado al no cumplirse lo pactado, tendrá derecho a pedir el divorcio, ya que un proyecto de vida en común no puede ser llevado a cabo por uno solo.

Esta interpretación conforme a la norma del art. 431 CCyC, explica que no surjan daños del divorcio, y que los daños que se pueden invocar se conectan a la teoría general de responsabilidad, por tanto a la condición de persona – no a “causas” sobre la infidelidad, o análogas, estrictamente-.

Así lo sostienen los fundamentos del Anteproyecto de CCyC: “los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil, son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

Es decir, no se podrá llevar a cabo un juicio fuera del trámite de divorcio, por ser infiel, y en todo caso, si se configuran daños a la integridad física o psíquica, deberán acreditarse en el marco de la teoría general de la responsabilidad civil.

Queda claro, y escindido de este tema, que si existiere violencia doméstica o intrafamiliar, será el juez competente quien ineludiblemente deberá actuar; adoptando medidas que correspondan según el caso.

### **III. Principio de libertad y autonomía de la voluntad**

El deber moral de fidelidad integra el marco del art. 19 de la CN<sup>12</sup>.

---

de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

<sup>12</sup> CN, art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Con el CCyC, el matrimonio estará imbuido de los pactos implícitos que los esposos realizan entre sí, de modo que sus costumbres privadas no ingresarán al ámbito reglamentario.

Sólo se regulan los deberes y derechos estrictamente jurídicos, es decir, aquellos exigibles, cuyo incumplimiento genera una sanción. Los derechos y deberes de carácter moral o éticos no son exigibles, quedan reservados a la órbita privada.

La relación matrimonial y los intereses personales de los contrayentes quedan dentro de la esfera de lo privado. Es aquí donde aparece la autonomía de la voluntad, de poder darse su propia norma o regla.

La jurisprudencia argentina, a lo largo de este siglo, ha elaborado una importante doctrina sobre este particular. Se ha establecido, que el derecho a la privacidad e intimidad, posee una relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significan un peligro real o potencial a la intimidad<sup>13</sup>.

Asimismo, la doctrina de la CSJN, sostuvo que el denominado derecho a la intimidad es el que tiene toda persona humana a que sea respetada su vida privada y familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Se trata de hechos de menos gravedad y que solamente afectan a valores morales de la vida doméstica o de la debida cortesía que impone entre los hombres la convivencia en el seno de la sociedad<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> CSJN, 15-4-93, E. D. 152-569. <http://www.protectora.org.ar/base-de-datos-veraz-nosis-codeme/la-proteccion-de-la-privacidad-en-la-republica-argentina/973/> (Consultado 28 de marzo de 2015).

<sup>14</sup> CNCiv., sala A, 27-4-78, E. D. 80-728; sala I, 23-5-91, E. D. 149-543. <http://www.protectora.org.ar/base-de-datos-veraz-nosis-codeme/la-proteccion-de-la-privacidad-en-la-republica-argentina/973/> (consultado 28 de marzo de 2015).

El CCyC en esta norma en estudio, encuentra su fundamento en que el Estado no puede imponer una moral, sino que puede reconocer un ámbito de libertad, y las sanciones jurídicas no pueden recaer sobre las conductas de autonomía moral que la Constitución Nacional garantiza<sup>15</sup>.

Las bases necesarias para la realización del proyecto de vida en común son la libertad y la autonomía de la voluntad; entendida esta última en la materia, como la potestad que se les reconoce a las personas para reglamentar los intereses propios en el ámbito de su familia, y frente a la cual el Estado debe detenerse<sup>16</sup>.

La elección que realice cada matrimonio, queda reservada a su conciencia, es esta la razón que impedirá a los jueces en general y a los jueces de familia, la injerencia en la conciencia de cada persona y en la intimidad del proyecto personal de un matrimonio.

#### **IV.- CONCLUSIÓN**

La nueva normativa, al estar fuertemente vinculada con la eliminación de las causales de divorcio, fue recodificada intentando lograr una clara, rápida y transparente solución a los conflictos familiares, a disminuir la litigiosidad, a descomprimir las vivencias propias de la crisis matrimonial y con ello, contribuir a la paz familiar y social.

Procura, incentivar la autonomía de la voluntad al establecer que las partes comparezcan en los tribunales con acuerdos en mano<sup>17</sup>.

La norma, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales ante la ruptura matrimonial, objetivo fundamental del derecho de familia, contando además, con la ayuda de la interdisciplina y los principios de mediación y conciliación.

---

<sup>15</sup> Miguel A. Ekmekdjian. Análisis Pedagógico de la Constitución Nacional -. Ed. Depalma. 5ta. Edición Bs.As. 1996.

<sup>16</sup> GUAHNON, Silvia V., "La intromisión del Estado en los procesos de familia", LL, 26/ 08/2002.

<sup>17</sup> CCyC, art. 439. Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible, reconociendo que esta causación subjetiva del divorcio en general, ha generado un alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso.

Sólo así, se estará respetando el principio de Protección Integral de la Familia reconocida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> CN, art.14 bis: "... la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".