

DAÑOS DERIVADOS DE LA INFIDELIDAD CONYUGAL.
ANÁLISIS DEL TEMA A LA LUZ DEL DERECHO
AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
Y DE LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES
MATRIMONIALES*

*DAMAGES DERIVED FROM SPOUSAL INFIDELITY. ANALYSIS
OF THE ISSUE IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO FREE
DEVELOPMENT OF PERSONALITY AND THE INOBSERVANCE
OF MARRIAGE DUTIES*

Jorge Eduardo MEDINA VILLANUEVA**

RESUMEN: Dentro de los temas relativos al derecho de daños, sin duda uno de los más polémicos es el referente a la reclamación de indemnización por las consecuencias derivadas de la infidelidad conyugal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente se pronunció en una interesante sentencia en el sentido de negar la procedencia de la indemnización por daños derivados de este supuesto, atento, en términos generales, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a que la fidelidad sexual es un deber moral, por lo que no se puede coaccionar a los cónyuges a su cumplimiento. Se analiza el tema planteado por la Suprema Corte precisamente desde estos dos aspectos: los límites al derecho al libre desarrollo de la personalidad y las consecuencias de la

ABSTRACT: Among the issues related to the law of torts, without a doubt one of the most controversial is the referring to the claim for compensation for the consequences derived from marital infidelity. The Supreme Court of Justice of the Nation recently issued an interesting precedent in the sense of denying the origin of the compensation for damages derived from this assumption, attentive, in general terms, to the right to free development of the personality and that fidelity sexuality is a moral duty, so the spouses cannot be coerced. The issue raised by the Supreme Court is analyzed from precisely these two aspects: the limits to the right to free development of the personality and the consequences of the non-observance of these moral duties. We conclude that the

* Recibido el 27 de abril de 2021; aceptado el 31 de agosto de 2021.

Agradezco profundamente al doctor Pedro Pallares Yabur, profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, sus amables comentarios al presente trabajo y que, sin duda, ayudaron a mejorarlo.

** ORCID: 0000-0002-1755-7812. Profesor investigador de la Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, Campus Guadalajara. Correo electrónico: jemedina@up.edu.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV,
núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 671-703.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

inobservancia de esos deberes morales. Concluimos que no resultan convincentes los argumentos de la sentencia analizada y proponemos nuevas líneas de análisis del problema.

Palabras clave: daños, responsabilidad civil, derecho de daños, deberes matrimoniales.

arguments of the sentence analyzed are not convincing and we propose new lines of analysis of the problem.

Key words: torts, civil responsibility, tort law, matrimonial duties.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco teórico*. III. *Sentencia de la Primera Sala, de noviembre de 2018*. IV. *Análisis específico de las implicaciones jurídicas planteadas por la Suprema Corte*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En México, como en la mayoría de los países que compartimos la tradición jurídica Romano-Canónica, el derecho relativo a la responsabilidad civil es de construcción eminentemente jurisprudencial. Esto significa que existen en los ordenamientos legales —en este caso, el Código Civil— poca cantidad de normas, las cuales dan las líneas generales del derecho a recibir una indemnización, correspondiendo a los tribunales a través de sus resoluciones dar movimiento y vitalidad a la figura, quienes a la par de materializar el profundo sentido de justicia que encierra la institución del derecho de daños, van delineando el sistema de forma pormenorizada.

Evidentemente, el camino no está exento de tropiezos y mucho menos de opiniones encontradas. Sin duda, un tema particularmente complejo es el que abordaremos en el presente trabajo: la reclamación de daños derivados de la infidelidad sexual entre los cónyuges, pues la mayoría de los tribunales superiores que los han analizado —como nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación— no lo hacen bajo una estricta y exclusiva óptica del derecho civil, sino que lo relacionan con derechos fundamentales, delineados principalmente de forma jurisprudencial, como en este caso, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Comenzaremos con un análisis brevísimo descriptivo del marco teórico, es decir, de las principales corrientes doctrinales alrededor del tema. Posteriormente, se analizarán los hechos y fundamentos de la sentencia dictada en el amparo directo

en revisión 183/2017 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2018 en donde aborda directamente el tema aquí comentado, intercalando brevemente correlaciones, reflexiones y opiniones sobre ella, para terminar con el análisis bajo las específicas perspectivas de la antropología y la ética, revisando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus límites y las consecuencias jurídicas de la inobservancia de los deberes del matrimonio y terminaremos con las respectivas conclusiones.

II. MARCO TEÓRICO

a) *Aplicabilidad de la responsabilidad civil al ámbito de las relaciones familiares.* Como adelantábamos en la introducción, sin duda alguna uno de los temas relacionados con la responsabilidad civil que ha sido muy polémico en los últimos años, es el relativo a los daños que derivan del incumplimiento de los deberes matrimoniales, como el de la fidelidad sexual. Por ello, es un tema que en la doctrina dista de ser pacífico, pues se muestra muy dividida y, sobre todo, con sólidos argumentos por ambas partes (véase Omar U. Barbero (1977, pp. 197 y ss.).

Para analizar el tema materia del presente trabajo, comencemos por ubicarnos dentro del ámbito de la responsabilidad civil, es decir, “la obligación de reparar los daños causados por una conducta negligente, culposa o usando mecanismos o sustancias peligrosas” (Jorge Eduardo Medina, 2021, p. 38) y su principio general lo encontramos en el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual ordena que “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Como se desprende de su simple lectura, el principio de responsabilidad no distingue —ni los artículos posteriores lo hacen— supuestos que estén excluidos de tal fuente de obligaciones. Aquí es donde surge la primera controversia en el específico tema materia del presente trabajo, es decir, respecto de la propia aplicabilidad de los principios de la responsabilidad civil a las relaciones familiares.

1. *Análisis de las posturas doctrinales sobre la aplicabilidad o no de la responsabilidad*

Sin embargo, hay un sector de la doctrina y la jurisprudencia internacional que señala que por la propia especialidad y desarrollo que ha tenido el derecho familiar, deberán aplicarse únicamente las figuras del derecho civil que expresamente lo señale (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011; Aurelia Romero 2000; Encarna Roca, 2000).

Por el contrario, puede verse con la postura en favor de la aplicación del principio de responsabilidad civil, entre otros muchos, Adrián Pérez (2004) y David Vargas (2015). Quienes sostienen la negativa de la aplicación de la responsabilidad civil se basan en las aisladas referencias al tema de la reparación de daños en algunos específicos temas familiares, como lo eran en la ruptura de los esponsales —figura actualmente derogada del Código Civil para el Distrito Federal y de la mayoría de las legislaciones locales— y la administración de los bienes conyugales. Debe estimarse, según esta corriente doctrinal, que las normas generales de la responsabilidad civil no deben aplicarse a las relaciones familiares si no hay una disposición expresa que así lo ordene (Salvatore Patti, 1984, pp. 45 y ss.). Es decir, en la última instancia, los daños ocasionados dentro del núcleo familiar deben permanecer sin resarcir, a menos que exista una norma específica —la cual en la práctica ya no existe en el Código Civil para el Distrito Federal— que lo establezca (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011, pp. 524 y ss.).

Podemos señalar, como bien lo hace Hernán Corral (2017, p. 123), que: “...a favor de la incompatibilidad se sostiene que el Derecho de Familia, y dentro de él el Derecho Matrimonial, es un derecho especialísimo, en que se regulan conductas y afectos, que escapan del plano patrimonial o económico, por lo que por su misma naturaleza se resiste a que se apliquen las reglas de la responsabilidad civil”.

Para ello, se basa en dos argumentos. El primero consiste en que el derecho matrimonial tiene sus propias sanciones al incumplimiento de deberes conyugales, es decir, la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio— o la nulidad matrimonial, y el segundo se basa en que los deberes matrimoniales son esencialmente éticos, por lo que escapan al ámbito de la responsabilidad civil (Encarna Roca, 2000, p. 546 y Luis Felipe Rangel, 2000, p. 160). Analicemos a continuación ambas ideas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 671-703.

Respecto a la primera, nos dice David Vargas (2015, p. 68) que:

se encuentra en el llamado principio de ‘especialidad’ o ‘especificidad’ del derecho de familia, que sostiene que frente a la infracción de los deberes personales del matrimonio sólo se puede aplicar exclusiva y excluyentemente los efectos especialmente previstos por el legislador, descartando la aplicación de otras consecuencias.

Esto es, dado que en algunos supuestos existe una referencia expresa a la responsabilidad de los cónyuges, y en el resto no hay una norma específica respecto a la indemnización pecuniaria, lo único que cabría aplicar es lo expresa y taxativamente señalado por el legislador: dar causa a la disolución del vínculo matrimonial, sin la aplicación del principio general contenido en el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal.

En contra de este argumento, se dice que las normas generales de responsabilidad civil:

...obligan a todo autor de un ilícito civil... a su íntegra reparación. Es este sentido, somos de la opinión que sí son resarcibles los daños causados en el matrimonio por los cónyuges entre sí, ya que, como hemos dicho, no existe ninguna norma que prohíba, excluya o restrinja la aplicación de las normas de responsabilidad civil (David Vargas, 2015, p. 80).

Esto es, no existe en el derecho de la responsabilidad civil o en el derecho familiar norma alguna que se excluyan mutuamente sus principios, por lo que “el derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y por ende, para solucionar los conflictos deben aplicarse los principios de la Teoría General del Derecho Civil” (Graciela Medina, 2002, p. 51), es decir, no hay razones para considerar al derecho de familia como una rama independiente del civil, con principios y reglas propias, sino que por el contrario, se inserta dentro de éste y deben serle aplicables todos sus principios generales y estar en correlación con él (Graciela Medina, 2002, p. 52).

En esta línea, podemos concluir como lo ha hecho la mayoría de la doctrina que es contraria a esta independencia, que el hecho de que sea una parte del derecho civil que ha desarrollado algunas interpretaciones propias, sobre todo en los últimos años, no lo sustrae de las normas generales

de éste, y menos una como lo es el principio de *alterum non laedere*, que es considerado como un principio general del derecho.

En un sentido ético, consideramos que entre los familiares y más entre los cónyuges, debe regir el principio de *alterum non laedere*, ya que sobre ellos especialmente debe regir un ambiente de cordialidad, respeto y justicia, por lo que no deben dañarse, y si lo hacen, deberán indemnizarse las afectaciones que se produzcan. Lo estimamos así por la falta de texto expreso de la ley que excluya la aplicación del principio general de responsabilidad.

En efecto, no existe en los códigos civiles alguna norma que señale algún ámbito del propio derecho privado que quede fuera del ámbito de la responsabilidad civil; tampoco la doctrina lo ha estimado así, salvo las ideas que hemos expuesto líneas arriba en este polémico tema. Lo que sí existe dentro de la doctrina de la responsabilidad civil es lo que se llama “ejercicio legítimo de un derecho” como causa de exclusión de la responsabilidad civil Luis Díez-Picazo (1999, p. 302). Y no nos parece que la infidelidad conyugal —como ahondaremos más adelante— pueda ser considerado un “derecho”, capaz de ser ejercitado libremente por la persona.

2. *Postura de orden jurídico mexicano*

Debemos precisar que, en el texto de algunos códigos civiles, en particular el de la Ciudad de México, no queda muy clara una postura u otra.

En efecto, el Código Civil para el Distrito Federal señalaba en su artículo 218 que “El marido responde a la mujer y ésta a aquél, de los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia”. En este precepto, nos parece que no queda lugar a duda sobre la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil a las relaciones familiares.

Sin embargo, dicho artículo 218 fue derogado mediante decreto publicado el 25 de mayo de 2000, la cual fue, por cierto, la primera reforma al Código realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Analizando tanto la iniciativa de reformas publicada en el Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 17 de abril de 2000, como el dictamen respectivo publicado en el mismo Diario el 28 de abril de 2000, no se obtiene ninguna justificación para la derogación de este artículo. Pareciera —y esta es una apreciación muy personal— que se

quería trasladar las indemnizaciones a la que introduce el artículo 289 bis, sin embargo, ésta tiene otro origen y justificación, muy diferente a la responsabilidad civil, pues no se trata de una indemnización por hecho ilícito, sino por la adquisición desigual de bienes durante la vigencia del matrimonio.

El maestro Rafael Rojina Villegas (1998, p. 117) comentó el artículo 218, en ese entonces vigente en la Ciudad de México, que “sólo es una aplicación del principio más general contenido en el artículo 1910 que sanciona con el pago de daños y perjuicios todo hecho ilícito”. Esto es, en opinión del citado maestro, lo que hacía el artículo 218 era simplemente adaptar el contenido del artículo 1910 a las relaciones conyugales, pues “las distintas manifestaciones del hecho ilícito como acción contraria a las leyes o a las buenas costumbres, están reguladas en el artículo 218 para las relaciones entre consortes, toda vez que se alude a los daños que cualquier cónyuge cause al otro por dolo, culpa o negligencia”.

Concluyendo las ideas, no nos parece que la derogación del artículo 218 del Código Civil del Distrito Federal es una señal de que no resulta aplicable el régimen de la responsabilidad civil a las relaciones entre cónyuges, pues continúa vigente el principio general del artículo 1910 que sigue siendo aplicable a los temas familiares.

Ahora bien, la jurisprudencia mexicana no es partidaria, al menos en líneas generales, de la exclusión absoluta del derecho a recibir una indemnización cuando los daños son causados por una relación familiar, pues como señala Hernán Corral (2017, p. 122):

...en el estado actual de la reciente discusión sobre la responsabilidad civil por daños en el matrimonio, parece haberse arribado a un cierto consenso en el que el vínculo matrimonial no puede establecer un estatuto de inmunidad frente a la responsabilidad civil cuando se trata de daños que se indemnizan incluso si no hubiera matrimonio entre el dañador y la víctima. Por ejemplo, si se tratara de muerte, lesiones o maltrato físico y psíquico...

Así parece ser el sentido de algunos pronunciamientos recientes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues en la sentencia dictada en el amparo directo en revisión (ADR) 5490/2016, del 7 de marzo de 2018, donde estableció que “la violencia intrafamiliar constituye un hecho ilícito, que tiene cabida en las relaciones entre par-

ticulares, cuyas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación” (ADR 5490/2016, p. 33), sin siquiera plantearse la posibilidad de que el vínculo familiar fuera una excluyente, o al menos atenuante, de la responsabilidad civil. Líneas más adelante volveremos sobre el tema específico de los hechos ilícitos.

Esta línea jurisprudencial la explica muy bien Gabriel Hernández (2016) cuando indica:

...la situación que se impone hoy en materia de detrimentos ocasionados entre familiares es la que postula como regla general, su resarcimiento en aras de la plena protección de los derechos individuales de los miembros de la familia, que priman sobre la salvaguarda de ésta... Pero el consenso se relaciona principalmente con los detrimentos producidos por la vulneración de intereses que van más allá de aquellos a que se refieren los ‘deberes conyugales’, sin que se extienda la resarcibilidad de las consecuencias de infracción de tales deberes (p. 98).

b) *La infidelidad conyugal como hecho generador de responsabilidad civil*. Para analizar este tema concreto del hecho generador de la responsabilidad civil y la posibilidad de que sea considerada —o no— a la infidelidad conyugal como tal, debemos hacer algunas precisiones y señalar algunos antecedentes teóricos necesarios. Según lo ha puesto de manifiesto tanto la doctrina en Mariano Yzquierdo Tolsada (2015, pp. 137 y ss.) y Ricardo de Ángel Yagüez (1993, pp. 255 y ss.), como la jurisprudencia nacional, en Carlos de la Rosa Xochitiotz y Velia Fernanda Márquez Rojas (2020, pp. 90 y ss.), los elementos de la responsabilidad civil extracontractual son tres: un hecho generador también llamado hecho ilícito, un daño y una relación de causalidad.

El hecho generador, entendido éste como el supuesto que da lugar a la responsabilidad, puede ser de tres tipos: hecho propio de la persona que finalmente responde por el daño (Código Civil para el Distrito Federal, art. 1910); hecho de tercero (mismo ordenamiento legal, arts. 1918 al 1926) y de las cosas (arts. 1929 al 1933), y la llamada responsabilidad objetiva (Código Civil para el Distrito Federal, art. 1913 y Jorge Eduardo Medina Villanueva, 2021, p. 74). Por ser el relevante para el presente trabajo, nos concentraremos en el primero.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 671-703.

El propio artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal que transcribimos líneas arriba, nos indica que quien “obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”. La doctrina ha entendido que este obrar ilícito se da cuando se “vulnere o contraríe lo establecido por cualquier norma o regla de derecho, por los principios generales o la costumbre (Manuel Bejarano, 2010, p. 221).

El segundo elemento, el daño, puede ser de dos formas: patrimonial o moral. El primero es definido por el propio Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2108 como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, y el segundo como la “afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás” (Código Civil para el Distrito Federal, art. 1916).

Finalmente, el tercer y último elemento de la responsabilidad es la relación de causalidad, y se refiere a que el daño debe ser una consecuencia inmediata y directa del hecho generador (Código Civil para el Distrito Federal, art. 2110; Mariano Yzquierdo Tolsada, 2015, pp. 187 y ss.).

Retomando el primer elemento, es decir, al hecho generador, la controversia materia del presente trabajo, se centra en si la infidelidad matrimonial puede ser considerado un hecho ilícito desde la perspectiva del derecho civil, y, en consecuencia, el daño que se ocasiona por ello, ser reparado mediante la responsabilidad civil.

Señalábamos líneas arriba que la tendencia casi totalmente aceptada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina es que la responsabilidad civil “no puede negarse porque la víctima y la persona responsable estén vinculados por lazos familiares” (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011, p. 526), sin embargo, esta unanimidad se acaba cuando nos acercamos a los deberes conyugales, como lo es la fidelidad.

Para analizar esto, primeramente, debemos distinguir, como lo hace Graciela Medina (2002, p. 28), entre aquellos hechos ilícitos que pudieran ser considerados como tales independientemente de la relación familiar, como, por ejemplo, la violencia intrafamiliar a que arriba se hizo alusión, pues la violencia siempre será ilícita, ya sea que la infiera un extraño o el esposo. Es decir, en este supuesto el vínculo familiar entre víctima y dañante no ocasiona ningún cambio en la configuración del ilícito, pues

el acto lo es por sí mismo, como venimos ejemplificando, una agresión directa como en la violencia intrafamiliar.

Diferente sucede en el caso donde la ilicitud proviene precisamente de algún aspecto vinculado a la relación conyugal, como es el caso del presente trabajo, ya que la fidelidad sexual como deber jurídico lo es solamente entre los cónyuges, aspecto el cual marca la diferencia en el tratamiento jurídico. Como explica Hernán Corral (2017, p. 123):

si no existe matrimonio entre dos personas, no puede haber incumplimiento del deber de fidelidad y, por tanto, aunque una de ellas sufra por las relaciones sentimentales que establece con un tercero, no habrá hecho ilícito que justifique una demanda de indemnización de perjuicios. Si hay matrimonio, el hecho ilícito aparece: se incumple un deber marital, y en tal caso la pregunta sobre la posibilidad de obtener reparación del daño causado por la vía civil se vuelve pertinente.

Ahora bien, dentro de este tema surge que quienes se pronuncian en contra de la posibilidad de indemnizar los daños derivados de la infidelidad conyugal, señalan que los deberes matrimoniales son esencialmente éticos, por lo que su transgresión no genera todas las consecuencias de genuinos deberes jurídicos, ya que no cabe cumplimiento forzoso y se desnaturalizaría el carácter personalísimo al darle una indemnización en dinero (Hernán Corral, 2017, p. 123). Para ello, los autores que lo proponen se basan en que los deberes legales conyugales constituyen obligaciones personalísimas, incoercibles (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot, 2011, p. 541). Esto es, enlazándolo con la línea argumentativa que venimos señalando, que la infidelidad conyugal no es un “hecho ilícito” capaz de generar responsabilidad civil, sino que se trata de la vulneración de un deber sin posibilidad de ser coaccionado ni de tener repercusiones económicas. Debemos también aquí hacer algunas precisiones.

Se suele definir a una obligación como “la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor” (Manuel Borja Soriano, 2000, p. 71). Sin ánimos de entrar a analizar la evolución del tema de la patrimonialidad del objeto de la obligación, puede decirse que actualmente el ordenamiento legal tutela y protege diversos intereses

no patrimoniales, por medio de diferentes figuras jurídicas (véase Delia La Rocca, 2006), puesto que hoy en día es un tema totalmente superado tanto en la doctrina como en la legislación que el orden jurídico, en particular el civil, protege intereses no solamente económicos, sino de otro tipo, como los personales (Carlos Fernández Sessarego, 2015).

Uno de los ejemplos más evidentes y que tiene relación directa con el tema materia del presente trabajo, es el referente al daño moral, puesto que el propio Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916, primera parte, señala que “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.

De esta forma, tenemos como conclusión que, aunque el derecho afectado sea de carácter no económico, desde hace muchos años —pensemos que en términos generales el sistema actual de daños morales se introdujo en México en 1982— es un tema totalmente aceptado que pueda ser materia de obligaciones, en particular, de la reparación del daño moral que se derive de su vulneración.

Esto es, no podemos sostener que el derecho civil contemporáneo solamente protege intereses económicos, sino que también contempla la protección de muchos otros, aun de carácter no patrimonial, como son los señalados en el artículo 1916 del Código Civil que arriba anotamos.

Respecto al señalamiento que anotamos, que la fidelidad es un deber ético, del que no cabe cumplimiento forzoso y por ello no genera consecuencias jurídicas, merece también algunas precisiones.

Como se analizará líneas más adelante, la propia sentencia que comentaremos considera que la fidelidad conyugal es un verdadero deber jurídico entre los cónyuges, cuya exigencia deriva directamente del propio Código Civil, por lo cual, en principio, no es posible sostener que se trata únicamente de un deber de naturaleza ética, sin sanción o consecuencia legal alguna.

El hecho de que esté consagrado por el propio ordenamiento legal como un deber jurídico, nos parece que es una razón suficiente para sostener que su inobservancia constituye un acto ilícito, para efectos del artículo 1910, en los términos anotados líneas arriba, por lo cual nos parece que resulta infundado que no puedan ser materia de obligación de indemnizar.

Debemos ahora enfocarnos en el estudio concreto de la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que analiza centralmente el tema que aquí comentamos.

III. SENTENCIA DE LA PRIMERA SALA, DE NOVIEMBRE DE 2018

Como se adelantaba líneas arriba, la sentencia que aborda de forma directa el tema que aquí se comenta, es la dictada el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el ADR183/2017. Es preciso hacer la mención de que el tema, hoy, no ha integrado jurisprudencia obligatoria en términos de la Ley de Amparo, sino que se trata de un asunto aislado, sin embargo, nos muestra claramente el criterio de dicho órgano jurisdiccional.

Los hechos que motivaron el juicio, en términos muy generales, son que una pareja se casa en 1985, tienen dos hijas: una cuya fecha de nacimiento no se precisa y otra que nace en enero de 1990. Al año siguiente la pareja se divorcia y la mujer, en 1992, contrae nuevas nupcias con quien resulta ser el padre biológico de la segunda hija habida durante el primer matrimonio.

En 2011, se demanda la contradicción de paternidad contra el padre legal —primer esposo de la madre— quien resultó no ser el padre biológico de la segunda hija. Debido a esto, en 2013, demanda el referido primer (ex)cónyuge, tanto a la exesposa como al padre biológico de la persona quien resultó no ser su hija, por los siguientes conceptos:

A) La reparación del daño moral sufrido por la afectación de mis sentimientos, afectos, decoro, vida privada y de mis derechos humanos de honor y de reputación, mediante una indemnización en dinero que fije su señoría, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica de los demandados, la situación económica del suscrito y las demás circunstancias del caso, la cual solicito, en virtud del agravio sufrido, que ésta no sea inferior a la cantidad de *****, equivalente aproximadamente a nueve meses de los ingresos anuales que percibo. B) El pago de los gastos y costas que el presente juicio me origine” (ADR183/2017, p. 11).

Seguido el juicio en sus etapas procesales, el juez natural condena a la parte demandada al pago de daño moral, cuyo monto sería cuantificado

en ejecución de sentencia. En contra de esta resolución, los demandados interponen recurso de apelación, el cual fue resuelto en el sentido de confirmar la sentencia recurrida. En contra de ello, los demandados interponen el juicio de amparo directo, el cual fue, en términos generales y para lo que aquí interesa, negado, por lo que los quejosos interponen el recurso de revisión, mismo que es materia de la sentencia que aquí se comenta.

El tema central de la sentencia, lo señala la propia Sala, consiste en determinar:

si la infidelidad en el matrimonio puede constituir el hecho ilícito que sirva como causa generadora de daño moral indemnizable bajo las reglas de la responsabilidad civil como lo postuló el tribunal colegiado, o bien, si se trata de un deber cuya inobservancia no puede dar lugar a esa clase de condena civil; ello, en el contexto del contenido y alcance de los derechos humanos de libre desarrollo de la personalidad y de libertad sexual (ADR 183/2017, p. 32).

Para resolver el asunto, la sentencia primero hace un breve repaso sobre lo que es la responsabilidad civil y luego analiza la naturaleza jurídica del matrimonio, en este punto es interesante cuando indica:

...esta Primera Sala ha advertido que si bien la determinación de constituir un matrimonio emana de la voluntad de los cónyuges, y éstos tienen la libertad de configurar su vida familiar conforme a sus intereses en varios aspectos, el matrimonio está sujeto a una regulación legal subyacente para ordenarlo; de ahí que, desde ese enfoque, se trata de una institución jurídica en la que imperan aspectos privados pero también aspectos que son de interés público (ADR 183/2017, p. 54).

Es decir, reconoce que existe un régimen legal propio del matrimonio, que no queda “sujeto a la libertad contractual”. Consideramos que lo contrario pudiera ocurrir, por ejemplo, en el concubinato, en donde el Código sí deja a los concubinos un más amplio margen para la determinación de ciertos aspectos de su vida en común.

En seguida entra al análisis de los derechos humanos cuya vulneración se analiza en la sentencia, en particular del derecho al libre desarrollo de la personalidad, recordando en el párrafo 63 que se ha considerado como violatorio de este derecho las legislaciones que contemplan la nece-

sidad de acreditar una causal para que proceda la declaratoria de divorcio, lo cual, aunado a otros pronunciamientos de la propia Suprema Corte:

...que sin duda han implicado un cambio profundo en la concepción del matrimonio a efecto de entender que el estatuto jurídico, si bien establece determinadas reglas en aras del interés público de proteger la unión y paz familiar, sus disposiciones siempre deben ser entendidas al servicio de los cónyuges y haciendo prevalecer su dignidad y sus derechos fundamentales. (ADR 183/2017), p. 63.

Con estas breves palabras, la Suprema Corte resume las líneas de su pensamiento, mismo que es compartido por muchos países occidentales en estos tiempos, que en palabras de la argentina Graciela Medina (2002, p. 52), tienden a “privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico”.

A continuación, analiza la Primera Sala que el principio constitucional de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad no son absolutos, justificando:

...pues encuentran su límite en los derechos de los demás y en el orden público, de modo que la legitimidad de su ejercicio dependerá de que el derecho individual de elegir y de llevar a cabo el propio proyecto de vida con sus implicaciones, no trascienda injustificadamente en afectaciones a la esfera jurídica de terceros en modo que vulnere derechos de éstos, o no afecte al orden público (ADR 183/2017, p. 64).

En seguida, analiza el derecho a la libertad sexual, el cual es clasificado como un derecho personalísimo, y añade:

...por ende, tiene como condición inherente la autonomía de la voluntad de la persona sobre la forma de ejercerla, es decir, atañe sólo al ámbito de decisión de la persona elegir tener relaciones sexuales con otra; sin más límite de que exista el pleno y válido consentimiento de ambos (ADR 183/2017, p. 72).

Con la única condición “de que dicho ejercicio no interfiera o trastoque los derechos sexuales de la otra persona con la que se realizan los ac-

tos eróticos, que pueda dar lugar a conductas delictivas” (ADR 183/2017, p. 73). Quizá debió revisar la sentencia que, por virtud de la relación matrimonial, contrario a lo que ocurre por ejemplo en el concubinato, los cónyuges aceptan limitar su desarrollo sexual de forma exclusiva con la persona del esposo o esposa, configurándose uno de los elementos esenciales del matrimonio en la época actual en occidente: la monogamia; aspecto que, por cierto, es de orden público dentro de la regulación del matrimonio. Sobre este aspecto volveremos líneas más adelante.

Analiza a continuación la sentencia el deber de fidelidad en el matrimonio, concluyendo que:

...el deber de fidelidad sexual en el matrimonio es un deber jurídico de carácter personalísimo y de contenido esencialmente moral, por lo que si bien es un deber propio del matrimonio, su observancia no puede ser exigida coactivamente y, en torno al cual, el control judicial en caso de incumplimiento, necesariamente se ve atenuado en cuanto a la imposición de consecuencias jurídicas (ADR 183/2017, p. 85).

Este nos parece que es un señalamiento muy interesante, sobre el que volveremos líneas más adelante.

Con base en todo lo anterior, que puede denominarse “marco teórico” de la sentencia, procede a analizar el aspecto central del asunto. Señala al respecto que, a juicio de la Sala:

el hecho de que la fidelidad sexual sea un deber de los cónyuges en el matrimonio, que implícitamente encuentre cobijo en la regulación jurídica de la institución, es insuficiente para estimar que el incumplimiento de ese deber es apto para sustentar una acción de daño moral, y considerar que la afectación moral que llegare a causar el evento de infidelidad de un cónyuge al otro pueda ser materia de indemnización económica, podría trastocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de libertad sexual aun en el contexto matrimonial, en la medida que se precisa a continuación (ADR 183/2017, p. 87).

De esta forma, señala que si bien es cierto existe un deber de fidelidad sexual entre los cónyuges, está por encima de él el derecho a la libertad sexual y al libre desarrollo de la personalidad.

Por ello dado que la fidelidad sexual es un tema personalísimo y de contenido esencialmente moral, en la ley sólo se preveía en el texto vigente al momento de los hechos —1990—, “expresamente como consecuencia jurídica de su incumplimiento, la facultad del cónyuge que se estimaba ofendido por la infidelidad, para reclamar la disolución necesaria del vínculo conyugal, no así la posibilidad de reclamar al cónyuge infiel los posibles daños morales ocasionados con su conducta” (ADR 183/2017, p. 93). Vemos que, en este punto, hace eco de la corriente que anotábamos líneas arriba que es partidaria de la exclusión de la posibilidad de reclamar una indemnización entre los cónyuges por el hecho de que no exista expresamente señalada en la ley civil, aunque lo matiza líneas más adelante al señalar que

el mero hecho de que el Código Civil que se ha considerado aplicable al caso sólo estableciera como consecuencia jurídica expresa de la infidelidad sexual el divorcio necesario, o que actualmente en respeto del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad la disolución del vínculo matrimonial ya no exige siquiera la acreditación de alguna causa, desde luego no es razón bastante para justificar que no tenga cabida la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil para sustentar una condena de daño moral por el incumplimiento al deber de fidelidad sexual en el matrimonio, pues en todo caso, la conclusión en ese sentido tendría que estar sustentada en razones jurídicas inherentes al hecho mismo (ADR 183/2017, p. 95).

Ahora bien, reconoce la sentencia que se está ante el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, por lo que “lo relevante es advertir, como se ha dicho, cuál sería la razón jurídica para sostener que la eventual afectación moral que produzca en un cónyuge la infidelidad sexual del otro no pueda ser indemnizable” (ADR 183/2017, p. 96). Es decir, aunque acepta de forma expresa que la infidelidad sexual implica el incumplimiento de un deber jurídico dentro del matrimonio, justifica la negativa de la concesión de la indemnización.

Resume la sentencia las posturas doctrinales que niegan la posibilidad de exigir una indemnización, y que arriba se esbozaron, aunque concluye que

lo que se estima relevante es tener en cuenta que el deber conyugal de que se habla, más que cualquier otro de los deberes personales de los cónyuges

inherentes a dicha unión familiar, si bien se puede considerar un deber jurídico en la medida que puede tener cobijo en la norma legal, su contenido es de naturaleza moral y está sustentado, primero, en el vínculo sentimental y afectivo que se presupone entre la pareja, pues en la actualidad más que en cualquier otro tiempo pasado, la razón imperante para que dos personas decidan contraer matrimonio es el sentimiento de amor entre ellos, siendo precisamente el lazo afectivo que envuelve el amor, el cariño, la admiración y el respeto por el otro, el que los impulsa a prodigarse la consideración de exclusividad sexual (ADR 183/2017, p. 97).

A reserva de ampliar líneas más adelante el comentario del presente argumento, de momento debe señalarse que parece que está relativizando algo que no debe serlo, ya que la da un fundamento sentimental y afectivo a algo que no lo tiene. En efecto, el fundamento del deber de fidelidad está en la propia ley y lo peligroso del razonamiento es que pareciere que al estar la relación pasando por un mal momento y estar desgastado el vínculo sentimental, de alguna forma se atenúa el carácter de ilicitud de la conducta, cuando agrega que

...no puede negarse que la vida conyugal en su cotidianeidad conlleva indetectiblemente desacuerdos, problemas, discusiones, desavenencias, diferencias y conflictos de todo tipo entre los cónyuges, que pueden dar lugar a debilitar el vínculo afectivo sentimental y los compromisos morales entre ellos, y con ello, entre muchas otras posibles conductas dañinas para la relación de pareja, se propicien las de infidelidad sexual (ADR 183/2017, p. 100).

Viéndose claramente cuando expresa que:

...para la imputación objetiva del reproche jurídico a la conducta, inherente a la ilicitud del hecho para efectos de responsabilidad civil, se estima que no basta el hecho mismo de la infidelidad sexual, aun cuando entrañe el incumplimiento del deber conyugal, si el sustrato de la fidelidad es esencialmente ese lazo afectivo y el sistema de valores morales privados en que se desenvuelve la relación y que atañe a ambos cónyuges, el cual, de algún modo ha de estar mermado, desgastado o desorientado en algún aspecto, por lo menos desde la visión del cónyuge que incumple el deber marital, para dar paso al hecho referido (ADR 183/2017, p. 101).

No obstante, señala la sentencia que no puede llevar a justificar la conducta del infiel, pues es totalmente voluntaria y conociendo las consecuencias que pueden derivar de la misma, pero añade que:

...la cuestión advertida sí incide en la consecuencia jurídica que ha de merecer la conducta, pues al estar la fidelidad sustentada en el vínculo afectivo y los valores morales con que se vive la relación matrimonial en el ámbito privado e íntimo de la pareja, el reproche objetivo se atenúa, a efecto de estimar como remedio adecuado la disolución del vínculo, y no así un resarcimiento económico (ADR 183/2017, p. 102).

Concluye, para el tema que nos ocupa, que:

...el derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica la autodeterminación personal, la elección del proyecto de vida; y si bien el matrimonio se constituye por decisión voluntaria de los cónyuges como opción de vida, también se ha reconocido que cada uno de ellos conserva su derecho fundamental a renunciar o apartarse del mismo conforme a la autonomía de la voluntad, pues resulta contrario a la dignidad humana la imposición de controles jurídicos para hacer permanecer a una persona en un estado que ya no quiere (ADR 183/2017, p. 104).

Debemos resaltar aquí que si bien es cierto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial (divorcio) por la simple solicitud de uno solo de los cónyuges, también lo es que esa misma libertad no debe abarcar el hecho de causar un daño a los demás sin tener el deber jurídico de repararlo, es decir, si la persona en uso de su autonomía de la voluntad decide dirigir su sexualidad de manera no monogámica y eso causa un daño a su cónyuge, nos parece que el hecho de que el Estado permita esas conductas al amparo de la libertad sería atentar contra el orden público, en particular, contra la constitución del matrimonio en nuestro sistema jurídico nacional.

Continúa la sentencia indicando finalmente que:

...el derecho a la libertad sexual entraña la capacidad y la posibilidad de la persona, de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con pleno consentimiento, cómo, dónde, cuándo y con quién tener relaciones sexuales, sin más limitación que contar con el acuerdo de la otra persona que participa

en la relación; esto, porque el respeto, protección y garantía de la dignidad personal impide que las personas sean utilizadas como instrumentos al servicio de las aspiraciones, voluntades, deseos, condiciones y violencias impuestas por otras, pues el cuerpo de la persona es su esfera de mayor inmunidad; por ende, que el ejercicio de la propia sexualidad debe contar con la protección y garantía de que en cualquier contexto tiene cabida el derecho de autodeterminación personal, y que tal ejercicio será realizado con ese pleno y válido consentimiento (ADR 183/2017, p. 105).

Tenemos así que, con lo asentado aquí por la Suprema Corte, se ve amenazado el principio de unidad en el matrimonio, con exclusión absoluta de poligamia en todas sus formas y su correspondiente fidelidad conyugal. Así entendido el matrimonio, como lo propone nuestro máximo tribunal, el matrimonio deja de ser una institución entre una pareja, al permitir en aras del “libre desarrollo de la personalidad” que esta monogamia se convierta en una poligamia efectiva, al poder cualquiera de los cónyuges mantener contacto sexual con las personas que estime conveniente, ignorando por completo el deber legal de fidelidad, con lo que, a fin de cuentas, atentaría contra la propia dignidad del otro cónyuge.

Ahora bien, la sentencia hace una interesante reflexión, aunque equivocada a nuestro modo de ver, a manera de conclusión, en el sentido de que:

...es posible postular que la constitución del matrimonio y con ello, en lo que interesa, la aceptación del deber conyugal de fidelidad sexual previsto implícitamente en la ley y muy probablemente pactado entre las partes, si bien acota el ejercicio del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad en su vertiente de libertad sexual de cada cónyuge, ello sólo puede ser en la medida en que conforme a la autonomía de la voluntad consienten en guardarse fidelidad; sin embargo, también es cierto que los cónyuges no renuncian a su autodeterminación individual en ese ámbito, tan es así que la fidelidad, como se ha dicho, en tanto deber personalísimo y de contenido moral privado, no puede ser exigida en forma coactiva entre los consortes (ADR 183/2017, p. 108).

Esto es, la sentencia propone que el deber de fidelidad —y en último término, la monogamia— sólo es un deber voluntario, y no una obligación legal. Nos parece evidente la contradicción entre los argumentos de la Suprema Corte, puesto que despoja a la fidelidad de ser una obli-

gación entre los cónyuges, para pasar a ser un mero acuerdo voluntario, como lo sería la administración de los bienes o la repartición de tareas en el hogar, lo cual nos parece algo incorrecto, puesto que atenta contra la esencia del matrimonio monogámico, de la fidelidad conyugal y de la propia dignidad personal de los cónyuges.

Añade la Sala que lo anterior no equivale a:

...que esta Sala reconozca la existencia de una protección constitucional a la infidelidad en el matrimonio, sino que, lo que se reconoce es el derecho de autodeterminación personal de cada cónyuge en cuanto a su sexualidad, que les permite abandonar el proyecto de vida matrimonial, pues una conducta de infidelidad, además de cualquier reproche ético social, se realiza a sabiendas de que puede tener como consecuencia el rompimiento de la relación de pareja y la disolución del vínculo jurídico de matrimonio (ADR 183/2017, p. 111).

Debemos precisar quizá que lo que la Corte quería era señalar en este punto, era que dada la tendencia internacional y del propio máximo tribunal, si un cónyuge quiere desarrollar libremente su sexualidad, fuera de la monogamia que establece el vigente sistema matrimonial mexicano, tendrá que romper el vínculo; es decir, que mientras exista el estado civil del matrimonio, debería sujetarse a los principios legales y éticos que rigen el matrimonio. De manera que matrimonio y pluralidad de parejas sexuales son términos que por esencia se excluyen mutuamente, lo cual la sentencia parece que no quiere reconocer.

Finalmente, concluye la sentencia señalando que:

...no se prejuzga sobre el posible daño moral que pueda causar al cónyuge varón un eventual ocultamiento doloso de la esposa sobre la verdadera paternidad de un hijo concebido con persona distinta durante el matrimonio, pues ello atañe a una hipótesis fáctica distinta al hecho concreto de la infidelidad sexual que en el caso se estimó el hecho ilícito en que se sustentaría una condena de daño moral; tampoco se examinan en este fallo, porque no es materia del tema de constitucionalidad, el posible daño moral que se pueda producir por un contagio de enfermedades de un cónyuge a otro a raíz del ejercicio de la sexualidad; ni cualquier otra hipótesis fáctica de daños que se puedan suscitar entre cónyuges por hechos distintos al aquí analizado (ADR 183/2017, p. 115).

Esto es, enuncia algunos puntos que quizá sería interesante explorar su procedencia de manera independiente a los temas plantados en la sentencia, o bien la Suprema Corte abre la puerta a otras posibles vías fácticas y argumentativas de reclamación, como son a) el daño causado al marido derivado del ocultamiento doloso de la paternidad por parte de la esposa y b) el daño derivado del contagio de una enfermedad por el ejercicio de la sexualidad con un tercero.

Pareciera que la razón por la cual la Suprema Corte considera estas hipótesis de manera diferente que la exclusiva infidelidad es porque se da una conducta adicional por parte del dañante, ya sea un silencio doloso —el cual, por cierto, en el fondo, nos parece que es el tema de la sentencia, aunque lo trata de manera diferente— o el padecimiento de una enfermedad y su contagio a la víctima. Pareciera entonces que considera a la sola infidelidad como no generadora de responsabilidad, pero sí lo es si va acompañada de otras conductas y generen un daño diverso al que generaría aquélla.

Una vez reseñada la sentencia y sus puntos más importantes, debemos analizarla bajo el esquema que nos habíamos trazado en la introducción, es decir, analizaremos primero el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus límites, para después analizar las consecuencias jurídicas de la inobservancia de los deberes matrimoniales.

IV. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS PLANTEADAS POR LA SUPREMA CORTE

a) *El derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus límites.* Según la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada por el Pleno en el amparo directo (AD6/2008,¹ el derecho al libre desarrollo de la personalidad “es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado” (AD6/2008, p. 86). Esto es, este derecho en específico protege la libertad de que toda persona debe gozar para trazar sus metas personales, según su propio criterio; y ejecutarlas, a fin

¹ El asunto se refiere, en el fondo, a un juicio relativo a la anotación del acta de nacimiento de una persona por “reassignación sexual”.

de desarrollarse plenamente como persona. El desarrollo de este derecho es relativamente reciente, ya que la mayoría de las sentencias que lo abordan son posteriores a 2009.

El tratamiento de este derecho ha sido desarrollado por la propia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de la Nación, y ha señalado en repetidas ocasiones que “su función es salvaguardar la ‘esfera personal’ que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas... este derecho es especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad” (Tesis 1ª./J. 4/2019 (10ª), 2019). Más adelante, la misma tesis de jurisprudencia señala que este derecho tiene una dimensión interna y una externa. La primera “da cobertura a una genérica ‘libertad de acción’ que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad”, mientras que en la externa “el derecho protege una ‘esfera de privacidad’ del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal”. Este derecho ha sido aplicado a muy diferentes supuestos, tales como el consumo lúdico de la marihuana (véase por ejemplo, en la Primera Sala el AR237/2014 resuelto el 4 de noviembre de 2015, entre muchos otros), la anotación del acta de nacimiento por “reassignación sexual” (véase la sentencia dictada por el Pleno en el AD6/2008 que arriba citamos) o bien, la procedencia de la solicitud del divorcio solicitado por uno solo de los cónyuges sin expresión ni acreditación de ninguna causal, a que se refiere, entre otras, la sentencia dictada en el ADR917/2009, resuelto por la Primera Sala el 23 de septiembre de 2009. Precisamente, tratando de enfocar este tema del derecho al libre desarrollo de la personalidad a las relaciones familiares, es que debemos ahora analizar la éste último tema y tomaremos como base la sentencia citada en último término.

Señala esta sentencia en el considerando cuarto que:

...comúnmente la familia se funda en el matrimonio que una mediante la doble vinculación afectiva y jurídica a los consortes que, en principio garantiza la estabilidad de la unión conyugal y en la que voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de ésta, que es un contrato que regula no solamente cuestiones económicas sino que también constituye la base de la familia y es fuente

de derechos y deberes morales, y por tanto, es de interés público y social (ADR917/2009, p. 26).

En específico, referente a la disolución del vínculo conyugal señala que:

...el divorcio es solo el reconocimiento del Estado de una situación de hecho respecto de la desvinculación de los cónyuges cuya voluntad de no permanecer unidos legalmente debe respetarse ...es evidente que la creación del divorcio sin causales no atenta contra la sociedad sino por el contrario el Estado en su afán de protegerla trata de evitar conflicto en la disolución del vínculo matrimonial a través de una cuestión declarativa (ADR 917/2009, p. 29).

De manera que con el divorcio sin causa “se respeta el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no se desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está supeditada a explicación alguna sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado” (ADR917/2009, p. 39). Procede así entonces:

cuando la relación humana a que éste dio lugar, ya se hubiese roto definitivamente en la realidad o cuando en virtud del rompimiento de los lazos afectivos, las relaciones matrimoniales dejaron de tener alguna significación para los cónyuges ...el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, por ello el derecho a tramitar la disolución del vínculo matrimonial, no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna (ADR 917/2009, p. 43).

Debemos entonces cuestionarnos qué es lo que significa aquí entonces el libre desarrollo de la personalidad. Consideramos que se traduce en este caso, en que el cónyuge no está obligado a mantenerse casado, es decir, no está obligado a mantenerse vinculado mediante el matrimonio cuando ya no es su voluntad, esto es, que es libre de definir su vida, conforme a su criterio personal, sin tener que demostrar ante el juez una causal suficiente para disolver el vínculo matrimonial, cuando ya no quiera permanecer en él.

Independientemente de los comentarios y objeciones que nos merezca lo anterior, los cuales excederían el tema central del presente artículo, tenemos que, ante una desvinculación personal entre los cónyuges, ante la desaparición de aquellos sentimientos que los llevaron a contraer matrimonio, puede uno solo de ellos, en atención al derecho al libre desarrollo de la personalidad, solicitar al juez la declaración de disolución del vínculo matrimonial.

Así las cosas, estimamos que existe una contradicción entre estos criterios que ha venido sosteniendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación con lo señalado por la Primera Sala en la sentencia dictada en el ADR183/2017 relativa al tema de la (no) procedencia de indemnización por daño moral derivado de la infidelidad conyugal que hemos señalado líneas arriba.

En efecto, en primer lugar debemos precisar que nuestro máximo tribunal ha dicho en jurisprudencia firme, que este derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, sino que encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público (Tesis 1ª/J. 6/2019 (10ª), 2019) y nos parece que la infidelidad sexual no debe estar amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad precisamente por atentar contra derechos de tercero —en específico, del derecho a la dignidad personal del otro cónyuge— y compromete igualmente el orden público, en particular la concepción monogámica del matrimonio en nuestro orden jurídico mexicano.

Debemos cuestionarnos aquí la razón por la cual el régimen monogámico y por lo tanto la fidelidad conyugal, que es una consecuencia ineludible de él son aspectos de orden público (Manuel F. Chávez, 2003, p. 145). Nos dice Antonio de Ibarrola que el régimen monogámico “establece entre ellos – los cónyuges – una solidaridad completa y asegura la igualdad fundamental a que la mujer tiene derecho lo mismo que el hombre” (2011, p. 205). Esto es, podemos considerar que el régimen monogámico establecido por el orden jurídico mexicano es de orden público por varias razones.

En primer lugar, porque, tutela la dignidad de los cónyuges en absoluta igualdad de deberes y derechos. En contraste con una sociedad considerada como “patriarcal” o “machista”, donde la mujer es “cosificada” al grado de considerársele solamente como un objeto de placer y gestación de hijos; la fidelidad viene a ser una protección que tiende a considerar

su dignidad, pues establece la obligación de ambos cónyuges de guardarse mutuo respeto y exclusividad en el plano sexual, reconociéndose así entre los cónyuges la dignidad humana de que todos los seres humanos son sujetos, evitando su “cosificación” como meros objetos de satisfacción sexual y reproductiva. Esto es, el matrimonio monogámico y la fidelidad sexual tiene al reconocimiento de la igualdad entre ambos cónyuges y de su dignidad humana.

En segundo lugar, porque previene el contagio de enfermedades de transmisión sexual al evitar el contacto con terceras personas. En una sociedad como la contemporánea, donde existen múltiples enfermedades de transmisión sexual, el deber de fidelidad sexual custodia a los cónyuges de esta posibilidad, y su incumplimiento expone, en particular al otro cónyuge, a ser contagiado en caso de que el infiel eventualmente llegase a contraer algún padecimiento.

Finalmente, son de orden público la monogamia y la fidelidad sexual porque representa el respeto a la palabra dada al momento de contraer matrimonio y a la buena fe que debe regir las relaciones sociales. En efecto, la configuración del actual régimen matrimonial establecido por el derecho mexicano es partidario de la monogamia, por lo que aquellas personas que manifiestan su deseo de contraer el vínculo matrimonial, tienen la confianza en que será respetada esa exclusividad sexual, por lo que quien la vulnera, debe ser responsable de los daños que eso ocasione. Dicho en otras palabras, al Estado de interesa el respeto a la “palabra dada”, el respeto a la buena fe las expectativas legítimamente creadas al momento de la celebración del matrimonio, debiendo en consecuencia indemnizarse los daños causados por aquellos casos en los que éstas sean vulneradas.

Estos aspectos son totalmente ignorados por la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, si el cónyuge que comete la infidelidad sexual considera que el desarrollo de su personalidad le requiere mantener contacto sexual con terceras personas, está en libertad —según la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte, que arriba hemos reseñado— de acudir ante un tribunal y solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pero esto es muy diferente a respetar, en aras de esa misma libertad, el incumplimiento de los deberes matrimoniales que están vigentes.

Sostener entonces que por el libre desarrollo de la personalidad los cónyuges están en libertad de unirse sexualmente con quien consideren necesario, sería prácticamente negarle al otro cónyuge el derecho a la dignidad personal que le corresponde debido a ese mismo vínculo conyugal existente. Si no existe ya un vínculo afectivo entre ambos, entonces siguiendo la propia doctrina jurisprudencial, está en posibilidades de pedir al juez la disolución de dicho vínculo y no simplemente de manera unilateral vulnerar esos deberes derivados del matrimonio monogámico.

Por otro lado, de igual forma no nos parece que la infidelidad sexual debe estar amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que contraría con ello el modelo de matrimonio monogámico que establece el orden jurídico mexicano y el cual, por definición, es de orden público e interés social. De esta forma, si uno de los cónyuges ya no tiene los sentimientos que lo llevaron a contraer el matrimonio puede, según la propia Suprema Corte, pedir la disolución del vínculo matrimonial, pero de ninguna manera puede justificarse la inobservancia de los deberes matrimoniales impuestos por el derecho mexicano. Dicho en otras palabras, si uno de los cónyuges considera que la monogamia es un impedimento para el libre desarrollo de la personalidad, está en toda libertad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pero no puede, al amparo de ese mismo derecho, estar unido en matrimonio y mantener contacto sexual con personas diversas de su cónyuge, pues ello atenta contra el modelo matrimonial monogámico existente en nuestro sistema jurídico nacional.

b) *Las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de los deberes matrimoniales.* Para analizar el tema bajo esta perspectiva, debemos señalar primeramente que el deber de fidelidad no está sustentado en “el vínculo afectivo y los valores morales con que se vive la relación matrimonial” como lo señala la sentencia del ADR183/2017 de la Primera Sala, sino por un lado en el propio ordenamiento jurídico y, en el fondo, en la propia dignidad de la persona y la monogamia matrimonial. El matrimonio, según señala la propia sentencia en el párrafo 80, es concebido como

la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en la que se han de procurar respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable, informada y de común acuerdo, y estableciéndose la obligación de contribuir mutuamente a los fines del matri-

monio, lo que permite sostener que la fidelidad sexual puede estimarse como un deber entendido en la relación matrimonial, pues sin duda se trata de un comportamiento esperado por y entre los cónyuges, ligado a la idea de respeto mutuo que la ley impone a la vida matrimonial (ADR 183/2017, p. 80).

Lo que lleva a decir que “el deber de fidelidad sexual en el matrimonio es un deber jurídico de carácter personalísimo y de contenido esencialmente moral...” (ADR 183/2017, p. 85). Centrándonos en la primera parte de la frase, es que se formulan los siguientes comentarios.

Lo anterior significa que la fidelidad es un deber impuesto a los cónyuges por el propio ordenamiento jurídico, que deriva de la propia institución matrimonial, de su esencia en general y en particular de respeto mutuo que se deben los esposos, es decir, de su dignidad personal.

En primer lugar, debe resaltarse que, al ser un deber jurídico impuesto por la propia ley en la institución matrimonial, la fidelidad sexual no es algo que esté sujeto a la libertad de los cónyuges. Es decir, es de sobra conocido que el matrimonio —lo dice la propia sentencia— no es un contrato en pleno sentido de la palabra, puesto que, aunque es indispensable el consentimiento libre de ambos cónyuges para su celebración, también lo es que hay muchos aspectos de la vida y relación matrimonial que no quedan sujetos a la libertad contractual de los contrayentes, como someterlo a plazo o a condición suspensiva o resolutoria, por ejemplo.

Desde esta óptica, nos parece que el deber de fidelidad, contrario a lo que sostiene la sentencia, es una obligación de los cónyuges que emana de la propia ley y por ello, se sustrae a la propia libertad, y, por tanto, se trata de un deber jurídico absoluto, de manera que no existe ningún supuesto en el que su observancia pueda dispensarse, inclusive bajo el mutuo acuerdo. Por eso, parece inexacto el señalamiento del origen del deber de fidelidad en el vínculo afectivo y los valores morales, ya que si bien es cierto también encuentran su fundamento en ellos, se encuentran fundamentados en la propia ley y no se señala ningún supuesto en que sea excusable su observancia, inclusive, aunque la relación esté en crisis —como lo señala la sentencia— o, en definitiva, se trate de una relación rumbo al fracaso.

Entonces, nos parece muy cuestionable de la sentencia, que los deberes jurídicos y, con mayor razón, los éticos, no dependen de la situación anímica del sujeto, es decir, no es válido ni jurídica ni éticamente decir

que el hecho de que la relación matrimonial esté pasando por un mal momento, sea causa que influya sobre la observancia de la norma y sobre el reproche ético y jurídico por su inobservancia.

Esto es, la infidelidad sexual de uno de los cónyuges será un acto ilícito civilmente hablando, aunque la relación esté desgastada. De manera que no existe precepto legal o ético alguno que nos diga lo contrario, por lo que debe observarse en todo momento en que exista el vínculo matrimonial. Diferente punto es el hecho, que quizá la sentencia en forma implícita confunde, es que en una relación desgastada o erosionada el daño (afectación personal) será menor, pero sin duda eso se refiere a otro elemento de la responsabilidad, pero la ilicitud del hecho generador existirá.

Ahora bien, siguiendo la misma línea de ideas, tenemos dos puntos adicionales: que no hay justificación para la infidelidad y que el infiel está transgrediendo un deber jurídico y, en consecuencia, causa por ello un daño.

¿Existe entonces alguna justificación en el caso de infidelidad? Consideramos que no. La propia sentencia dice que no se puede justificar, pues actúa libremente y sin presión.

Debemos señalar que el “reproche objetivo” de la conducta no se puede atenuar, considerando el único remedio la disolución del vínculo y no el resarcimiento económico. Nos parece sumamente cuestionable el hecho de que la sentencia hable de que la única consecuencia sea la disolución del vínculo matrimonial, y no la reparación del daño causado.

Hay que partir de la idea de que son dos cosas diferentes “la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales, que se propone simplemente reparar el daño injusto, y el divorcio como proceso dirigido a regular una ruptura matrimonial” (Hernán Corral, 2017, p. 128). En efecto, tanto teóricamente como en la práctica, es evidente que se refiere a dos aspectos muy diferentes, sin razón alguna para ser confundidos.

La responsabilidad civil contractual es definida por el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, como “Deber de reparar los daños y perjuicios que recae sobre la persona que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriere en dolo, negligencia o morosidad, o que de cualquier modo contraviniera el tenor de aquellas” (<https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-civil-contractual>), es decir, se trata de una obligación de indemnización, de reparación, sin hacer mención alguna de la subsistencia o no del vínculo contractual. Por su parte, el divorcio es definido por el mismo dicciona-

rio como la “disolución del vínculo matrimonial por voluntad de ambos cónyuges o de uno de ellos”, es decir, no se habla de reparación alguna, sino solamente de poner fin a la unión matrimonial, sin hacer pronunciamiento sobre la indemnización o no. De esta forma, puede darse el derecho a recibir una indemnización sin afectar el vínculo matrimonial y a la inversa, disolverse el vínculo matrimonial sin hacer señalamiento alguno de reparaciones.

A mayor abundamiento, es interesante el señalamiento que hace David Vargas de que:

...existen obligaciones en las cuales tampoco es posible perseguir su cumplimiento forzosamente y nadie discute ni niega su carácter obligacional o le niega la posibilidad de demandar la acción de indemnización de perjuicios frente a su incumplimiento, así por ejemplo se observa en todas las obligaciones de hacer *intuitu personae*, donde la persona del deudor ha sido relevante para contratar, como sucede en el contrato de mandato respecto de las obligaciones del mandante y mandatario, o en el contrato de sociedad... En todos estos casos, como se observa, la imposibilidad de perseguir el cumplimiento forzosamente se produce desde el inicio de la obligación, haciendo improcedente desde dicho instante cualquier demanda de cumplimiento por equivalencia, pero este hecho no niega ni impide el ejercicio de la acción indemnizatoria, como contrariamente lo sostiene Hernández Paulsen para los deberes conyugales según hemos expuesto... (2015, p. 68).

A mayor abundamiento, según se dejó anotado líneas arriba que la actual tendencia de la Suprema Corte es en el sentido de admitir la disolución del vínculo matrimonial sin que exista causa justificada que lo motive, sino solamente mediando la petición de uno de los cónyuges, no podemos entonces decir que el divorcio es una consecuencia de la infidelidad, sino que el divorcio será entonces solo un efecto del deseo de uno de los cónyuges, no del desamor, ni de alguna alteración grave de la convivencia conyugal.

Así también, suponiendo que el divorcio sea una “consecuencia” de la infidelidad conyugal, eso no le priva de tener “otros” efectos, como pudiera ser la indemnización de los daños causados entre los cónyuges por actos o hechos sucedidos vigente la relación conyugal. Esto es, si un hecho jurídico tiene ciertas consecuencias jurídicas, no le impide que tenga otras de diferente orden que también puedan derivar de él. Lo único que está

prohibido por la Constitución federal es imponer dos veces una pena por el mismo delito, pero eso no aplica al presente caso, pues no es un delito ni la responsabilidad civil ni la disolución del vínculo matrimonial son penas o sanciones.

Podemos tomar una analogía con los contratos. El artículo 2107 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que: “La responsabilidad de que se trata en este Título —que se denomina precisamente ‘Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones’—, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios”. Esto es, en el caso de incumplimiento (como puede considerarse en la infidelidad sexual, un incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio), procede la rescisión (equivalente en cuando a efectos jurídicos al divorcio causal o culpable) y adicionalmente, es totalmente posible la indemnización por daños y perjuicios.

La razón de esto es que son consecuencias jurídicas de diferente naturaleza: uno tiene a liberar del vínculo existente y el otro a indemnizar el daño causado.

En efecto, el divorcio civil elimina (rompe) el vínculo matrimonial, con los efectos del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, dejando a los cónyuges en aptitud de volver a contraer nuevas nupcias. Sin embargo, la responsabilidad civil tiene a indemnizar el daño causado, según el artículo 2104 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como anotamos líneas arriba, la sentencia, en forma expresa, reconoce que es un deber jurídico entre los cónyuges la fidelidad, y añade que

su contenido es de naturaleza moral y está sustentado, primero en el vínculo sentimental y afectivo que se presupone entre la pareja, pues en la actualidad más que en cualquier otro tiempo pasado, la razón imperante para que dos personas decidan contraer matrimonio es el sentimiento de amor, el cariño, la admiración y el respeto por el otro, el que los impulsa a prodigarse la consideración de exclusividad sexual (ADR 183/2017, p. 98).

Tenemos así que no existe razón jurídica para no imponer una responsabilidad civil relativa a la indemnización de los daños causados por la inobservancia de los deberes conyugales, en particular, el de fidelidad sexual.

V. CONCLUSIONES

El tema relativo a la reclamación de indemnización de daños derivados del divorcio es uno de los más polémicos dentro de la responsabilidad civil, pues influyen muchos aspectos que en los últimos años han sido replanteados por la jurisprudencia.

En México, la Suprema Corte de Justicia abordó el tema en el ADR183/2017, del 21 de noviembre de 2018, y se rechazó la pretensión indemnizatoria derivada de la infidelidad conyugal, basándose principalmente en dos aspectos: por un lado, la fidelidad sexual es una obligación de índole moral y personal, que no puede ser susceptible de generar una indemnización pecuniaria; y por otra, la conducta sexual de los cónyuges está amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual.

Un análisis detallado de ambos temas nos lleva a considerar que la infidelidad sexual no debe estar amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues atenta contra el orden público —el matrimonio monogámico— y los derechos de terceros —la dignidad personal del otro cónyuge—. Asimismo, el hecho de que el deber de fidelidad sea una obligación de índole moral, no significa que no pueda atribuírsele responsabilidad civil a los daños que cause.

Esto es, el matrimonio y las características que se desprenden del sistema, son una institución de orden público, incluyendo el tema de la monogamia, por lo que si uno de los cónyuges, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es infiel al otro, realiza un acto ilícito.

Asimismo, el cónyuge infiel atenta contra la dignidad personal del otro cónyuge.

Finalmente, la infidelidad, aunque es una obligación moral, también es un deber jurídico, el cual tiene consecuencias de derecho que no se agotan con el divorcio, sino que deben ser consideradas en el caso de una responsabilidad civil.

Por ello, consideramos incorrecta la conclusión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que en el caso sí se dio un hecho ilícito, un daño y una relación de causalidad, que constituyen los elementos de la responsabilidad civil, por lo que debió de condenar al cónyuge infiel a pagar una indemnización por el daño moral causado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARBERO, Omar U. (1977). *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Astrea.
- BORJA SORIANO, Manuel (2000). *Teoría general de las obligaciones* (17a. ed.). Porrúa.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel (2003). *La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales* (5a. ed.). Porrúa.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Civitas.
- ROSA XOCHITIOTZI, Carlos de la y Márquez Rojas, Velia Fernanda (2020). *Derecho de daños. Responsabilidad extracontractual*. Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- LA Rocca, Delia (2006). *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*. Giuffrè.
- MEDINA, Graciela (2002). *Daños en el derecho de familia*. Rubinzal-Culzoni.
- MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo (2021). *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*. Tirant lo Blanch.
- PATTI, Salvatore (1984). *Famiglia e responsabilità civile*. Giuffrè.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael (1998). *Derecho civil mexicano*, t. II: *Derecho de familia*. Porrúa.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson.
- ROCA, Encarna (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En José Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (pp. 533-566), Madrid: Dykinson.
- CORRAL, Hernán (2017). Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia. *Revista Ius et Praxis*, 23(2), pp. 121-146.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2016). Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 27, pp. 95-139.
- MARTÍN-CASALS, Miguel y RIBOT, Jordi (2011). Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*. LXIV (II), pp. 503-561.

- PÉREZ, Adrián (2004). Crisis Matrimoniales e Indemnización por daño moral. *Revista Jurídica de Catalunya* CIII(1), pp. 163-171
- RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (2000). Comentario a la sentencia del 30 de julio de 1999. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 153-164.
- ROMERO, Aurelia (2000). ¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil? *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, pp. 544-549.
- VARGAS, David (2015). Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), pp. 57-100.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- ADR917/2009. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 23/09/2009. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108797>.
- ADR183/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 21/11/2018. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=209630>.
- AD6/2008. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 06/01/2009. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190>.
- Tesis 1ª/J. 4/2019 (10ª) (2019) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019357>.
- Tesis 1ª/J. 6/2019 (10ª) (2019). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019359>.
- IBARROLA, Antonio de (2011). *Derecho de familia* (5a. ed.). Porrúa.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2015). *Derecho y persona* (5a. ed.). Astrea.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel (2015). *Obligaciones civiles* (6a. ed.). Oxford University Press.