

Ponencia para Debate de Proyecto de Ley de código Civil.

El ART. 431.- Asistencia referido a “Derechos y deberes de los cónyuges” dice “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y **el deber moral de fidelidad**. Deben prestarse asistencia recíproca.

Tengamos en cuenta que se suprime del deber jurídico de fidelidad : la fidelidad es enunciada como un mero deber moral (es decir, que no puede ser exigido jurídicamente). Suele defenderse esta supresión a través de la afirmación de la autonomía de la voluntad, sin observar que al día de hoy, más allá de las observaciones que pueden hacerse, si ambos cónyuges pactan la infidelidad la ley no puede sancionar a uno de ellos por sobre el otro: están en igualdad de condiciones. El problema se plantea cuando uno de los cónyuges quiere ser infiel y el otro no. En ese caso, el proyecto de Código Civil no aporta ninguna solución para el cónyuge víctima, al que deja en absoluta inferioridad frente al otro si no que sólo **legitima y facilita el terreno al infiel**. Al mismo tiempo, **tampoco será tan clara la admisibilidad de acciones por daño moral provocado por el infiel** ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no ameritaría una reparación. Hay que ser concientes también que **la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño**. Podemos decir, entonces, que el proyecto de Código consagra así el **derecho a la infidelidad**.

Es decir que “el que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer que elige ser infiel (o el hombre que elige) tiene sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción por el daño que tiene adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad”

En el Código proyectado, la fidelidad no puede pactarse, en cambio sí cabría la infidelidad.

Si bien este nuevo código predica la preminencia de los derechos del niño, da pie a un elemento de inestabilidad para los mismos pues la fidelidad paterna es un elemento de base para el afianzamiento de su identidad como miembro de una comunidad con los padres como la base de esa identidad.

Si se suprime el deber de un cónyuge, cae el derecho del otro cónyuge y por consecuencia aparece un derecho por encima de la víctima. Es decir, el cónyuge que elige ser infiel (o de convivencia abierta) tiene el derecho a esa elección; en cambio, el cónyuge que es víctima es decir, el que decidió permanecer fiel, no tiene derecho a exigir fidelidad ni reparación por el daño recibido.