

## Expositora Mayra Ayelen Terazani (Sanluseños por la Vida)

### Libro II

#### Derecho de Familia.

La familia fundada en el matrimonio entre un varón y una mujer, perdurable y estable, es el modo óptimo de crianza de los niños y de organización familiar y social. Recordando que la familia es anterior al Estado, éste debe apoyar y acompañar los modelos exigentes de vida en los que los esposos se comprometen a la fidelidad, la cohabitación, la asistencia recíproca y el bien de los hijos. Si el Código Civil dejase de prever tales deberes del matrimonio, la institución se vaciaría de contenido en desmedro de los propios esposos y del bien superior de los niños y su derecho a crecer y ser educados en el ámbito de una familia estable. Consideramos que toda reforma tiene que recoger y valorar la tradición jurídica y cultural de nuestro país que valora y respeta esos rasgos en el matrimonio.

La falacia del argumento según el cual se procura dar reconocimiento legal a las "diversas formas de familia", queda de manifiesto cuando se advierte que el Anteproyecto no reconoce en absoluto al matrimonio indisoluble caracterizado por el compromiso de fidelidad y de apertura al bien de los hijos, tal como la Iglesia propone a sus fieles, lo mismo que otras confesiones religiosas, y la ley natural lo expresa. Sólo formas débiles e inestables de familia son propuestas y reguladas por el Anteproyecto. Cualquier ciudadano que quiera un proyecto de familia estable y duradera queda de hecho marginado por una ley basada en una ideología perniciosa, individualista y egoísta.

El hecho de quitar el deber de fidelidad y cohabitación en el derecho de familia hace que quede desprotegida la mujer y los niños, que quedan indefensos ante la destrucción de la familia que les dio origen.

Transcribo las observaciones de la Dra Ursula C. Basset sobre el deber de fidelidad y el divorcio.

#### Deber de fidelidad

El Código proyectado suprime el deber de fidelidad. Desde el punto de vista estrictamente lógico jurídico, cabe señalar lo siguiente:

- i. En el Código pactado, la fidelidad no puede pactarse (por imperio del Art. 466), en cambio sí cabría la infidelidad. El deber de fidelidad puede ser de derecho público o privado. Dentro del derecho privado puede ser impuesto por ley o pactado por las partes. Si fuera de derecho público, podría ser objeto de una acción penal, lo cual no es el caso. En el caso del deber de fidelidad de derecho privado impuesto por ley (caso del Código actual), nada impide que las parejas tengan prácticas que difieran del mandato imperativo. Ahora bien, si uno de los miembros de la pareja no está de acuerdo, tiene acción para alegar el (incumplimiento del deber). En el Código proyectado vale la infidelidad, pero las parejas no podrían

pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Vale decir que en este aspecto, no todos los proyectos de vida son igualmente reconocidos por el Estado. Así, una mujer tendría que aceptar sin ocasión de obtener resarcimiento alguno, que su esposo la visite a su ámbito laboral con su pareja en presencia de sus compañeros de trabajo, sin sanción económica o jurídica alguna. Más aún, tal vez al momento del divorcio el inocente podría deberle incluso al adúltero una compensación económica (Art. 441).

- ii. La supresión del deber de fidelidad como exclusividad, es incoherente con la regulación sobre las uniones convivenciales. Para acceder al régimen de uniones convivenciales, se exige a las parejas singularidad y permanencia. Con lo cuál se daría el resultado incoherente de que las parejas de hecho de menos de dos años de relación, tendrían más carga de deberes que el matrimonio o las uniones convivenciales de más de dos años de duración.
- iii. La supresión del deber de fidelidad perjudica la estabilidad del estado de familia
- iv. e incrementará la litigiosidad en torno al emplazamiento de estado. La obligación de fidelidad fue históricamente impuesta especialmente a las mujeres, para garantizar la correspondencia entre la realidad biológica y la identidad social del niño. Al carecer de fundamento la presunción de paternidad, es razonable pensar que más niños y adolescentes duden del emplazamiento paterno. La incidencia de pleitos en materia de acciones de emplazamiento podría multiplicarse. Si se suprime el deber de fidelidad no se entiende por qué no resulta también admisible la poligamia. Si la multiplicidad de parejas es legítima, también debería serlo el reconocimiento de esa multiplicidad ante la ley. Louise Ch. A. Allemand decía: “El deber de fidelidad es una consecuencia de la prohibición de la poligamia”. Es razonable que si no interesa el deber de fidelidad, no haya obstáculos a la realización de un proyecto de vida poligámico.
- v. La solución en torno al deber de fidelidad es incoherente con otros sistemas normativos. En el derecho laboral la infidelidad del empleado se sanciona con el despido. En el derecho de familia, la infidelidad del esposo, no tiene sanción alguna. Los argumentos dados por la doctrina a favor de la supresión consisten en afirmar que hay una ausencia evidente de un código universalmente aceptado que reúna dichas reglas morales sobre las que los autores pretenderían apoyar la moralidad matrimonial. Por otra parte, otros autores han sostenido que el deber de fidelidad no es exigible. Otros han sostenido que su quicio es el sistema del divorcio sanción y desaparecido éste, no se justifica su mantenimiento. Respecto del pluralismo: En un sentido descriptivo, las costumbres morales son variadas y el pluralismo es un criterio en auge. No obstante, la realidad sociológica en Argentina posiblemente no sea tan plural como la sociedad canadiense o las sociedades europeas, en las que el choque de culturas es más manifiesto. Cabe sospechar que la mayoría de los habitantes del país entienden que la fidelidad implica exclusividad y no una relación abierta. Con lo cuál la supresión del deber de fidelidad probablemente no sea concorde con el sentir de los habitantes de la Argentina, a quienes está dirigido el Código. Y, como el Código es para el “hombre común” como decía Reale, podría suceder que se desenfoque la regulación respecto de sus destinatarios, por mantener una línea de principios libertarios.

Respecto del argumento del multiculturalismo y la neutralidad: Se podría objetar, que dado que el Código será para todos, su sistema valorativo tiene que servir para las prácticas sexuales de las grandes urbes, así como para todos los demás habitantes del país, y ello se logra suprimiendo los deberes conyugales. Sin embargo, esto tampoco es exacto. En la regulación actual, el derecho no ingresa en la privacidad de los cónyuges. Lo expresan los mismos autores citados: “Si los cónyuges deciden adecuar sus relaciones personales a sus referencias individuales, aunque éstas no co-incidan con aquello que la ley (...) ha entendido como propias de la relación matrimonial: ¿es posible impedirlo?”. No es, pues, necesario desjuridizar el deber de fidelidad para arribar a ese resultado. Respecto de la autonomía: Se dice que la derogación tiene relación con la autonomía de la voluntad y la libertad de intimidad. Sin embargo, no hay ley más invasiva que la propuesta. La ley vigente no ingresaba dónde los cónyuges no la dejaban ingresar. La ley actual ingresa a la privacidad, alterando la ecuación de los cónyuges que sí quieren deberse fidelidad (no pueden pactarla siquiera, porque la ley se los prohíbe en el Art. 447). Respecto a la afirmación de que se trata de un “deber moral”. Cabe señalar también que hay un malentendido respecto de la naturaleza del deber de fidelidad. Desde siempre se ha sabido que sobre el deber de fidelidad se estructura un complejo edificio de deberes y derechos e instituciones jurídicas dependientes del matrimonio. Desde el Código Napoleón, el deber de fidelidad fue considerado como estrictamente jurídico y no moral. Respecto a la coherencia con el divorcio sanción: Que se derogue el divorcio sanción, no obsta a conservar el deber de fidelidad, porque el cónyuge que no consintió siempre podría reclamar una indemnización económica reparadora, cosa que aboliendo el deber de fidelidad, queda excluida. La víctima de infidelidad queda sin acceso a la justicia.

### **La regulación del divorcio y el valor social del matrimonio**

Se dice que lo que se dice sobre el divorcio dice bastante sobre la esencia del matrimonio. Los codificadores han insistido en que la regulación trasunta una idea del valor que se le asigna al matrimonio. Pues, aún si existen esas buenas intenciones, los textos cobran autonomía de las intenciones subjetivas de su autor, y expresan ideas. Un divorcio exprés, sin tiempo de reflexión ni de espera, cuya ruptura culpable no tiene sanción especial ni general –y por lo tanto es más fácil y menos gravosa que la ruptura de cualquier contrato- dice que el matrimonio no tiene importancia para el Estado. Aunque los legisladores no lo piensen así, ese es el mensaje que objetivamente se transmite comparando instituciones dentro de un mismo código.

Por otra parte, la idea de que esta regulación del divorcio apacigua, no termina de convencer. El fiat del texto legal no es suficiente para eliminar la conflictividad real. Lo más probable es que se produzca un desplazamiento del litigio. Cuando las partes tienen un conflicto, si no lo pueden encauzar en el litigio del divorcio, lo encauzarán en los acuerdos de régimen de visitas, alimentos, tenencia o liquidación y disolución de la sociedad. Los conflictos no desaparecen por decisión del legislador. La prueba es que a pesar de que con los años se han facilitado todos los procesos de divorcio, los tribunales de familia están saturados como nunca hasta ahora. Y la tendencia se incrementa.

Pero, además, el derecho comparado ha demostrado que en dónde se instaure el divorcio exprés, las tasas de divorcio aumentan. Estadísticas en Canadá y en diversos estados de Estados Unidos, España, Reino Unido, entre otros, vienen a probar este resultado. El divorcio exprés trae más divorcio (y por lo tanto más litigio). Es verdad que con el tiempo, el crecimiento inicial del divorcio se estabiliza, pero también lo es que eso se debe a que la regulación cada vez más abierta del matrimonio, lejos de atraer a la institución, parece que cada vez espanta más adeptos. Curiosamente, cuanto más se facilita el matrimonio, menos gente quiere casarse.

Por estas razones me opongo totalmente a todas las novedades que incorpora el proyecto de modificación del código civil propuesto, y propongo la revisión del derecho de familia con el fin de fortalecer los lazos familiares, que son fundantes de cualquier sociedad sólida.