

“Convenios de Convivencias Solidarias”

Marcos M. Córdoba

“V Congreso Nacional de Derecho Civil” “El Derecho Civil del Mañana”

Comisión 5: Familia y Sucesiones.

Hoy por la mañana, en el acto apertura de este V Congreso Nacional de Derecho Civil, el Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Profesor Doctor Luis Moisset de Espanés, expuso que han sido los congresos precedentes los que provocaron la inspiración a la creación de aquellas ideas que luego fueron desarrolladas por la doctrina y transferida, en casos, a la legislación, al derecho positivo, y en muchos otros a la jurisprudencia. Se aportó así solución a circunstancias que aún el derecho no había sabido resolver.

Seguramente por ello se ha decidido que este sea el “Congreso de Derecho Civil del Mañana”, previendo que quienes participan en él intenten idéntica disposición de ánimo que lleve también a resultados de cualidades positivas, de modo que se produzcan las ideas que constituyan el derecho del futuro.

Tratando de ser congruente con la idea de las autoridades y con lo dicho por el Profesor Moisset de Espanés es que considero útil desarrollar un tema, introducido en la doctrina nacional por el Profesor Eduardo Fanzolato. Es el de los convenios de convivencias asistenciales.

Habitualmente, cuando se efectúa alusión a la palabra convivencia, la atención se dirige a las circunstancias que identifican los concubinatos. Incluso haciendo abstracción de lo que nos explicaba Vélez Sársfield, a través de la redacción de la nota puesta al pie del artículo 325 de su Código Civil, indicándonos la diferencia entre el concubinato y la unión libre. Ello en razón que considero que en el lenguaje vulgar, o el que habitualmente hoy se utiliza, la palabra concubinato abarca ambas situaciones.

Resulta también en nuestra sociedad, en la de Argentina de nuestros días, que cuando se habla de convivencia generalmente se piensa en aquellas que tienen como elemento lo que aquí denominaré “amor romántico”, elemento dado por supuesto en aquellos vínculos conocidos como relaciones de pareja, aquellos donde está involucrado un elemento afectivo, pero no cualquier elemento afectivo sino el que no se expresa pero es aquello de que depende, o en que consiste o se funda, la verdad de ella. No se trata del afecto fraternal ni del afecto entre padres e hijos. Tampoco es el afecto contractual tal el caso de *affectio societatis*, del derecho mercantil. Es un afecto distinto, al que denomino “amor romántico”, elemento que, por paradoja, su existencia se da por cierta en todo tipo de relaciones de convivencia sin ser elemento legal del vínculo matrimonial. No existe componiendo el vínculo conyugal el elemento que la concepción o idea generalizada considera que se encuentra en el espíritu, en el núcleo, en la columna vertebral de las relaciones de pareja. Nadie jamás consideró la inexistencia del matrimonio por la falta de este elemento. No hay pronunciamiento que contenga fundación en ley ni fundamentación razonable que lleve a tal conclusión. Es que no debe el intérprete incorporar elementos que la estructura legal no consideró en la concepción de cada

institución, pues la conducta contraria lleva como consecuencia la pérdida de identidad entre la institución de que se trate y la función que le corresponde. Al respecto explica y ejemplifica Francisco Ferrer, que la analogía como técnica para atribuir efectos jurídicos a los matrimonios aparentes, terminaría paulatinamente despojando de sentido al matrimonio que perdería su razón de ser, agrega que no hay igualdad de situaciones entre convivientes y cónyuges por lo que se justifica un tratamiento diferenciado conforme a las características propias de cada núcleo familiar. Matrimonio y concubinato son situaciones estructuralmente diversas que nacen de una elección distinta, de la opción entre la institución jurídica y la libertad. Sin embargo, muy en contra de lo que enseña Francisco Ferrer, se atribuyen elementos de una institución a otra y con ello se provoca confusión en la aplicación de las normas y principios jurídicos. Considerar que el concubinato debe ser una relación lo más parecida posible al matrimonio implica la aplicación errónea que Ferrer intenta evitar. Atendamos lo que nos explicaba el profesor Vidal Taquini, en la conferencia que precedió, respecto a que en la elección entre estos tipos de convivencia está involucrada la posibilidad de elección, la libertad de poder disponer si se quiere estar sujeto a un régimen o no. Por estos días, quienes impulsan la idea de las consecuencias similares a las del matrimonio para las convivencias informales anuncian que el concubinato regulado legislativamente otorga derecho. En ello se omite que, en estas relaciones familiares cada vez que se otorgan derechos en realidad lo que se están imponiendo son deberes, porque todo derecho resulta a su vez de un recíproco que es un deber. Pero no debemos hablar de derechos deberes, seguramente si queremos ser correctos con el pensamiento del legislador, tendremos que decir deberes-derechos porque tal como lo explicaba claramente Moisset de Espanés, hoy por la mañana refiriéndose a un tema que pareciera no tener mayores relaciones con el derecho de familia en razón que exponía sobre derecho ambiental, al decir que está establecida la reparación a un sujeto que se considera la víctima del acto ilícito, y no se tiene en cuenta que con cualquier violación a las normas del derecho ambiental se está afectando un interés general y no sólo un interés singular. Propuso que a partir de ahora los que piensan el derecho, y piensan para el derecho, lo hagan teniendo en consideración no la singularidad del caso sino las generalidades que requieren ser atendidas en todos los casos. Todo lo dicho por el Profesor Moisset de Espanés resulta de estricta aplicación a las circunstancias que atiende el derecho de familia que reconoce, hoy, tendencia hacia la solución del caso concreto, en desmedro de un interés que es superior por ser interés general. Ello se produce así por cuanto las creaciones jurisprudenciales efectúan aplicación de principios tan genéricos que no permiten determinar con exactitud cuales son sus contenidos. Se llega a resoluciones que se apartan del derecho establecido, del derecho que otorga aquello que también hoy, en horas de la mañana, se reclamó. Lo hizo el Ministro de Justicia de la Provincia de Córdoba al decir que lo que se debía aportar es previsibilidad. ¿Cuál es la previsibilidad que se aporta desde los pronunciamientos que juzgan circunstancias en las que se encuentran comprometidos concubinatos, uniones de pareja, respecto a las consecuencias que corresponden a los actos de los sujetos involucrados?, ¿cuál es la norma que rige?, ¿cuál es la función de la jurisprudencia? Y ¿cuál es la función que le corresponde a la jurisprudencia creada por y para cada uno de ellos?, ¿cuál es la fuerza y vigencia del derecho emanado de ella?, ¿cuál es la de la doctrina y cuál es el del derecho positivo?. ¿Que es lo que existe hoy en el derecho positivo respecto de estas situaciones o relaciones?. Lo cierto es que en aquello que denominamos, hoy, genéricamente concubinato hay muchos juristas que han comprometido su esfuerzo en la investigación, algunos de ellos trabajan seriamente. Sin embargo no estamos en condiciones de afirmar que ello haya iluminado las mentes de los que tienen la función de legislar, ya que analizando lo que surge de los proyectos con

estado parlamentario y realizando comparación entre los que impulsan la regulación de las uniones concubinarias y aquellos que intentan modificar la estructura jurídica que rige la matrimonial, concluimos en que la producción legislativa se advierte desorientada, ya que se prevé, por ejemplo, a través de lo propuesto por la Comisión Honoraria creada por el Decreto 685 del año 1995 que dentro del régimen patrimonial del matrimonio se habilite una mayor libertad, que la autonomía de la voluntad tenga una mayor injerencia en el ámbito del derecho de familia, permitiendo elección del régimen patrimonial y dentro de ello optar por aquel que mantiene de una manera absolutamente independiente los patrimonios de los sujetos de la relación conyugal. Amplias son las posibilidades de que ello sea ley porque no solamente lo impulsó esta Comisión en el dictamen que le elevó al Poder Ejecutivo, sino que también norma similar se ha proyectado en anteriores propuestas legislativas y sin lugar a dudas la doctrina en su conjunto impulsa que ello sea así. Lo anunciaban las palabras de Vidal Taquini hace pocos instantes. Aquellos que estudian la cuestión son contestes en que nuestro derecho debe avanzar hacia eso. Ello no constituye opinión aislada. Ya hace muchos años, en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho de Junín, del año 1994, se trató la cuestión de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia y allí se concluyó en que la injerencia de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia debía ser mucho mayor que lo hasta allí reconocía el ordenamiento jurídico, pero no sólo las relaciones patrimoniales, se trató también ello respecto del ámbito extrapatrimonial y hubo pronunciamientos que afirmaron que los cónyuges estaban facultados para liberarse de ciertos deberes establecidos por la ley, en casos, incluso el de fidelidad. Ideas éstas que pocos años antes nadie podía llegar a concebir como producidas por un jurista serio. Pero sin embargo hoy lo son, esa es una nueva realidad.

Tal vez debiéramos recurrir a la actitud del gobierno francés cuando se planteó la necesidad de adecuar la legislación de familia de aquel país y se establecieron las pautas para poder hacerlo. Así cuando el Ministerio de Justicia emprendió la tarea consideró que el derecho de familia en ese país había enfrentado tres tipos de evolución. Ellas coinciden exactamente con los ámbitos abarcados por las evoluciones acontecidas en nuestro país. Mencionaré en primer término la evolución social que, en nuestra sociedad se trasunta en circunstancias constituidas por divorcios, uniones libres, relaciones concubinarias. Uniones, éstas últimas, de sujetos que requieren una mayor autonomía y una menor responsabilidad. En segundo término mencionaré la evolución biológica cuya implicancia en las relaciones de familia radica fundamentalmente en los cambios producidos como consecuencia de la prolongación de la vida humana y con ello mayor duración de las uniones. Se deriva, también de ello, coexistencia de varias generaciones. Corresponde al jurista estar alerta ante los progresos de la biología, pero no tan sólo en el mantenimiento de la vida sino también en la formación de la vida, las técnicas de reproducción asistidas entre otras. Por último, la evolución jurídica. Resulta que todo el derecho de familia ha quedado inadaptado a las otras evoluciones que enuncié y con ello sus textos se transforman en ilegibles, por la complejidad derivada de reformas legislativas parciales, pero fundamentalmente y esto es lo que anunciaban los funcionarios franceses “por lo que provocaban las innovaciones jurisprudenciales inesperadas”. Ello me obliga a volver a recordar lo que exponía hoy el Ministro de Justicia de la Provincia de Córdoba respecto a que debemos contar con elementos que nos permitan prever cuál va a ser el juzgamiento que le corresponde a nuestros actos que permitan saberlo con anterioridad al juzgamiento y con anterioridad a la realización del acto porque si no cada vez que un juez en su sentencia está aplicando una norma distinta a la establecida por el derecho positivo está creando un derecho retroactivo y por ello contrario a lo que establece el Código Civil en consonancia con la Constitución Nacional.

De ello resulta que debemos adaptar el derecho de familia argentino considerando la experiencia francesa y adaptarlo no al derecho de la costumbre sino crear un conjunto de normas que establezcan derecho que estable, que sea seguro y para ello comprensible. Nuevamente afirmo que es conveniente recurrir a la idea introducida en el derecho argentino por el Profesor Eduardo Fanzolato, la que desarrolla el deber de atender a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, pero no vinculadas en relaciones que se caractericen por contener ese elemento que denominé amor romántico. Es decir aquellas que con gran frecuencia se dan en nuestro país y que son las convivencias asistenciales. Todos nosotros conocemos personas que como consecuencia de la edad, como consecuencia de una viudez, como consecuencia de una soltería, por necesidades económicas comparten una vivienda. Uno necesita del otro y en esas convivencias no sólo se hace útil la asistencia de uno hacia el otro, o los otros, a través del aporte de la vivienda que es en el aspecto en que algunos autores argentinos han avanzado, si no que también se producen aportes en tareas domésticas, aportes en la asistencia espiritual, aportes surgidos exclusivamente del compañerismo. ¿Qué principio general del derecho?; ¿qué norma del derecho constitucional?; ¿qué contenido ético moral de una norma? podría oponerse. No conozco ninguna que pueda invocarse desde estos puntos de vista. Preocupa entonces que hoy la ley otorgue algunos derechos a los concubinos sin que sepamos con certeza quienes lo son. Se sostiene que aquellas personas que tienen una pareja estable, algún autor sostiene que es elemento de esa relación la fidelidad, debo recordar que le asiste razón a la Dra. Medina en que no, porque la fidelidad no es elemento del matrimonio, es deber de los cónyuges y si el deber se incumple igual existe matrimonio y si la infidelidad existe en el concubinato hay concubinato. Entonces toda esta programación que se hace desde la doctrina para regir la vida de los demás suponiendo que se es más apto para regir la vida de los demás nos lleva a situación inestabilidad. Voy a dejar que los que se están ocupando, por ahora, de los concubinatos lo sigan haciendo. Intentaré abrir una ventana al pensamiento respecto a la necesidad de poder colaborar con aquellos que en situaciones precarias de vivir lo cotidiano, generalmente personas mayores, podrían encontrar solución a través de pautas legislativas que requerirían tener en consideración no solo elementos del derecho convencional sino que se requiere, también, tener en consideración la modificación de normas que rigen en el ámbito del derecho sucesorio. No sólo la reducción de las porciones legítimas establecidas, para incrementar la porción disponible a favor de un conviviente. Tendríamos que prever la posibilidad de crear, para el caso concreto, excepción a la prohibición de pacto sobre herencia futura, ya que las normas exigibles hoy no lo toleran, también establecer que aun existiendo porciones de legítima si éstas se vieran afectadas pero a favor de personas que han restringido su capacidad productiva por la atención al causante, los límites de la legítima cedan o se flexibilicen. En definitiva, en esta circunstancia no corresponde que proponga la redacción de las normas que deben aportar la solución sino tan sólo que proponga impulsar el camino que han abierto los juristas que piensan en derecho, tal el caso de lo que exponen en sus trabajos Fanzolato, Moisset de Espanés, Vidal Taquini, Ferrer.

Lo que se requiere desde el extranjero y desde el interior de nuestra República: Seguridad jurídica. En concreto, tener presente que la doctrina no crea una norma obligatoria y exigible, la doctrina provee ideas para que aquel de los tres poderes que tiene la facultad de hacerlo lo realice y aquel otro poder que tiene la facultad de resolver el conflicto lo haga en cumplimiento de lo que establecen las normas constitucionales. Aplicar el derecho positivo creado por otro poder.

Muchas gracias.