

DERECHO DE FAMILIA RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EX CÓNYUGES

Por **Néstor E. Solari**

Conclusiones

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de Buenos Aires, se han debatido distintas cuestiones actuales referentes al derecho de familia a la luz del derecho vigente.

Entre ellas, distinguiremos las cuestiones que hacen a los ex cónyuges entre sí, de aquellas que están dirigidas a los hijos de dicha unión, comprensivas de las relaciones paterno-filiales.

a) Consecuencias entre cónyuges

Uno de los temas debatidos fueron las consecuencias en el **régimen patrimonial del matrimonio**, en particular en lo que hace al carácter propio o ganancial de ciertas adquisiciones.

Así, se ha resuelto –por unanimidad– que en la liquidación de la sociedad conyugal debe reconocerse al cónyuge del titular de un derecho jubilatorio por la mitad del monto de todos los aportes efectuados con fondos gananciales. Por lo demás, este reconocimiento incidirá en la fijación de los alimentos previstos en el art. 207 C. C.

En ello una derivación del principio que toma en cuenta el momento en que se efectuó el aporte y de ahí su carácter ganancial.

En cambio, se consideró que el grado académico-universitario profesional alcanzado por uno de los cónyuges durante el matrimonio es bien privativo personalísimo de aquel cónyuge al cual se le concedió. Postura que también mereció la aprobación unánime.

Otra de las cuestiones planteadas fue el tema, siempre vigente, de los alimentos entre cónyuges.

Se resolvió por unanimidad que cuando los antecedentes del caso lo ameriten, el cumplimiento de la sentencia condenatoria o el convenio homologado judicialmente, que obliga al pago de alimentos, puede asegurarse cautelarmente, respecto de las cuotas alimentarias devengadas y futuras, mediante medidas adecuadas, a fin de evitar interrupciones en la regularidad de los pagos.

Ésta es una problemática muy común en nuestros tribunales, habida cuenta de la elevada cantidad de incumplidores alimentarios. De ahí que haya sido preocupación constante en las distintas Jornadas y Congresos especializados todo lo que tenga relación con el cumplimiento de la cuota alimentaria, en especial en la búsqueda de mecanismos que puedan efectivizar las medidas judiciales que se dicten a tal efecto. Algunos proyectos legislativos de reformas al Código Civil han estructurado un sistema que prevea tales situaciones, de todo lo cual adolece el régimen legal vigente.

También por unanimidad se consideró que la prestación alimentaria convenida en el juicio de separación personal y de divorcio vincular por presentación conjunta se extingue por incurrir el alimentado en las causales del art. 210 C. C., o por contraer nuevas nupcias.

Asimismo, se determinó que, no obstante el carácter convencional de la prestación alimentaria entre ex cónyuges, procederá su disminución, aumento o cese de la prestación a petición de las partes en caso de variación sustancial en sus condiciones económicas y personales.

Por mayoría se entendió que las relaciones afectivas, como el noviazgo de cualquiera de los ex cónyuges con un tercero no constituye concubinato ni injuria, en los términos del art. 210 C. C. Del mismo modo, las relaciones del alimentado con un tercero tampoco pueden encuadrarse en la causal de injurias graves.

La pérdida de derechos alimentarios y sus causales de cesación han sido tema que ha ocupado un lugar importante en las últimas Jornadas de Derecho de Familia, a fin de interpretar el régimen vigente para determinar en qué casos quedan comprendidos en la ley 23.515 de matrimonio civil, en virtud de los amplios términos utilizados por el legislador, que conllevan estas divergencias.

Por su parte, por mayoría se decidió que son alimentos convencionales lo pactado por los esposos en el marco del art. 236 inc. 3, C. C., destinados a regir después de la sentencia.

Se recomienda, por unanimidad, que en una futura reforma legislativa se contemple que una vez decretada la separación personal y el divorcio vincular deberá determinarse si uno de los esposos debe contribuir con el otro, sobre la base de la situación personal de cada uno, sus posibilidades efectivas de trabajo futuro, la dedicación predominante a las tareas del hogar durante la convivencia y la situación económica, prescindiendo de la calificación de conducta.

Por mayoría, se ha decidido que en una futura reforma legislativa debe permitirse que integre los acuerdos alimentarios un rubro atinente a gastos para

la crioconservación. También podrá ser materia de acuerdo lo relativo a la dación o adopción prenatal de los embriones crioconservados.

Es acentuado el criterio, en los últimos años, de introducir en materia de Derecho de Familia, cada vez con más amplitud, la autonomía de la voluntad de las partes, lo que importa un cambio sustancial en la estructura de las normas vigentes. Nos parece positivo que en la brevedad una reforma introduzca mayores posibilidades de que los cónyuges puedan acordar distintos aspectos derivados del régimen matrimonial.

b) Relaciones paterno-filiales

Varias han sido las cuestiones planteadas y debatidas en derredor del vínculo paterno-filial, producida la separación personal y el divorcio vincular de los padres.

Luego de la separación personal y el divorcio vincular, ambos progenitores deben procurar, con el mayor empeño, un debido mantenimiento de las relaciones paterno-filiales y familiares en sentido amplio.

En aconsejable, en tal sentido, la tenencia compartida. De ahí que se haya resuelto, por unanimidad, que no son incompatibles en el derecho vigente los acuerdos de tenencia compartida.

Asimismo, si existe acuerdo de ambos progenitores, es posible atribuir el ejercicio conjunto de la patria potestad luego de la separación o el divorcio vincular, aunque la tenencia sea atribuida a uno de ellos.

Por ello, se decidió por unanimidad que en una futura reforma legislativa se permita que luego de la sentencia de separación personal o de divorcio vincular, se otorgue el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos padres, sin perjuicio de que teniendo en cuenta el interés superior del menor se disponga lo contrario por decisión judicial.

La Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), lleva a la necesidad de adaptar la normativa interna en lo que respecta a los niños, en virtud de que los paradigmas consagrados en la Convención distan de los que fueron tomados en cuenta por el legislador, en su momento, en el orden interno.

Una de ellas es, sin duda, el favorecimiento a la patria potestad conjunta, después de la separación personal y el divorcio vincular, así como la incorporación de la tenencia compartida de los padres respecto de sus hijos. Estos criterios favorecen el mantenimiento y la participación de ambos padres en el vínculo paterno-filial, haciendo que la cesación de la convivencia de los padres no produzca una modificación sustancial en el cumplimiento de los derechos y deberes de la patria potestad.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (conf. art. 9).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), también con jerarquía constitucional –conf. art. 75, inc. 22–, señala que, en caso de disolución del matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (art. 17, párrafo 4). En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 23, párrafo 4.

Por ello, la separación de los hijos de sus padres debe ser excepcional y, por lo tanto, han de arbitrarse los medios posibles para mantener ese vínculo. Luego de la separación personal y el divorcio vincular, es necesario intentar modificar mínimamente ese vínculo y parece que la patria potestad conjunta y la tenencia compartida están inscriptas en reforzar esa relación de padres e hijos.

Fue unánime la propuesta de que en una futura reforma legislativa se admita la procedencia de la acción por los daños originados en el cumplimiento de los derechos subjetivos del titular del menor.

También se recomendó, por unanimidad, que en una futura reforma se prevea que, ante la posibilidad de transferir embriones crioconservados de los ex cónyuges, sea necesario el consentimiento expreso de cada uno de ellos al momento de efectuar dicha práctica médica. La negativa de uno de ellos imposibilitará la prosecución del acto.

Estas problemáticas, derivadas de la inseminación artificial, requieren ineludiblemente una ley especial que contemple todas las cuestiones que en ella se encuentran comprendidas. A pesar de que en varias oportunidades los intentos legislativos quedaron en el camino, es necesario destacar que estos esfuerzos conducirán, seguramente, a dictar una ley en tal sentido. Todavía el legislador no ha podido superar las discusiones y los intereses que envuelven dicha temática. Es de esperar que pronto exista una ley en tal sentido, que prevea integralmente las cuestiones que ella comprende.